Beiträge zur Lehre

vom

Contractus aestimatorius.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

VON DER

JURISTISCHEN FACULTÄT

DER

FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT ZU BERLIN

GENEHMIGT

UND

ZUGLEICH MIT DEN ANGEHÄNGTEN THESEN

ÖFFENTLICH ZU VERTHEIDIGEN

am 13. October 1890, Vorm. 12 Uhr

VON

SIEGFRIED LIEBERT.

OPPONENTEN:

Herr Reichstagsabgeordneter, Rechtsanwalt Aug. Munckel
„ Referendar Dr. jur. Paul Oertmann
„ Referendar Hugo Salinger.

BERLIN.
Druck von H. S. Hermann
Beuth-Strasse 8.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535701_0171

Beiträge zur Lehre

vom

Contractus aestimatorius.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

VON DER

JURISTISCHEN FACULTÄT

DER

FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT ZU BERLIN

GENEHMIGT

UND

ZUGLEICH MIT DEN ANGEHÄNGTEN THESEN

ÖFFENTLICH ZU VERTHEIDIGEN

am 13. October 1890, Vorm. 12 Uhr

VON

SIEGFRIED LIEBERT.

OPPONENTEN:

Herr Reichstagsabgeordneter, Rechtsanwalt Aug. Munckel
„ Referendar Dr. jur. Paul Oertmann
„ Referendar Hugo Salinger.

BERLIN.
Druck von H. S. Hermann
Beuth-Strasse 8.

Meiner lieben Frau

Helene geb. Moser

gewidmet.

Der deutsche Ausdruck „Trödelvertrag“ ist für dasjenige Rechtsverhältniss, welches die Römer als rem vendendam dare bezeichnen, nicht glücklich gewählt; er mag als einmal eingeführte juristisch technische Bezeichnung beibehalten werden, — in weiteren Kreisen hat er sich nicht einzubürgern vermocht; man ist geneigt, was völlig irrig wäre, dabei an den Trödelhandel zu denken und den Contrahenten dieses Vertrags mit dem „Trödler“ im wirthschaftlichen Sinne — s. auch D. H. G. B. Art. 10 —[1]) zu identificiren.

Zur Vermeidung von Zweideutigkeiten ist die Einführung anderer Ausdrücke versucht worden — jedoch vergeblich; so spricht Merckel in Weiske's Rechtslexicon von „Feilgebern“ und „Feilbietern“.[2])

Die Römer hatten für diesen Vertrag keinen Eigennamen, sie sprechen lediglich von rem vendendam dare. —

---

[1]) S. Goldschmidt, Handb. des Handelsrechts I. 2. Aufl. S. 511 Note 6, S. 528 Note 36.

[2]) Ich werde einfach das Wort „Trödler“ beibehalten, möchte dasselbe jedoch immer im Sinne dieses Vertrags verstanden wissen.

Brinz meint, sie hätten damit das Ding beim rechten Namen genannt — indessen ist die Bezeichnung, wörtlich genommen, eine zu weite; sie würde ebenso gut auf ein Mandat passen.

Der im Mittelalter entstandene Name contractus aestimatorius ist dagegen theils zu weit, weil es noch verschiedene andere Verträge mit aestimationes giebt — theils zu eng, weil die aestimatio allein den Trödelvertrag nicht ausmacht. Wendt hält diesen Ausdruck zur Namensgebung überhaupt nicht geeignet, weil er nichts Typisches enthalte; die Bezeichnung muss jedoch schon durch den Titel D. 19, 3 „de aestimatoria" gerechtfertigt erscheinen.

Jhering bemerkt hierzu richtig, dass wenn dieselbe auch den römischen Juristen fremd gewesen, sie doch von den Compilatoren gebraucht worden sei.

Die mehr dem deutschen Trödel entsprechende, zu enge Definition findet sich bei Reinhold (Wien 1884), welcher sich den Trödelvertrag regelmässig als zwischen einem Engros-Waarenerzeuger, einem Fabrikanten als Verkäufer und zwischen einem Hausirer als Käufer abgeschlossen vorstellt.

Nicht weniger irrt Sintenis, wenn er sagt, ein Trödelvertrag liege namentlich vor, wenn der Ausdruck „Trödel" gebraucht sei, — eine Auffassung, die schon deshalb entschieden als einseitig bezeichnet werden muss, weil es ganze Geschäftszweige giebt, die juristisch unter den Begriff des Trödelvertrages fallen, ohne dass jemals der betreffende Ausdruck zur Anwendung ge-

langt, wie beispielsweise bei gewissen buchhändlerischen Geschäften.[1])

Auch Glück will im Zweifel auf die Qualität der Person sehen, mit der das Geschäft geschlossen wird; — sei es eine Person, die vom Vertrödeln Profession mache, dann sei der contractus ohne Zweifel ein ästimatorischer; dieses „ohne Zweifel" hat sein Bedenkliches — müssen denn derartige Personen durchaus immer nur Trödelverträge schliessen? Kann ein Trödler nicht als Mandatar oder Käufer auftreten? wir werden wohl sagen müssen, dass von der Qualität der contrahirenden Personen auf ihre Intentionen geschlossen werden darf — dass es aber nie auf die Personen allein, sondern vielmehr auf alle das Geschäft begleitenden Umstände ankommt.

Auch bei Brinz sind die Hausirer, welche durch das Land ziehen und an der Verdienstgelegenheit, die ihnen der Kaufherr in dem Mehrerlös geboten, ihren Pfennig abnagen (Brinz, Kritische Blätter civilistischen Inhalts, S. 11, Erlangen 1852) ins Feld geführt; gerade dieser Umstand wird uns später noch Gelegenheit geben, das Brinz'sche Argument an jener Stelle zu kritisiren.

---

[1]) Z. B. das „Conditionsgeschäft" zwischen Verleger und Sortimenter bezeichnet Buhl (in der Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 25, S. 142) als Trödelvertrag; Waechter wie auch Weidling sind allerdings anderer Ansicht, wovon noch weiter unten die Rede sein wird. Letzterer erkennt jedoch mindestens an, dass beim Vertrieb von Fest- und Flugschriften, Sensationsromanen etc. auf reinem Trödelvertrag basirende Spuren dieser Geschäftsformen sich bis in die heutige Zeit erhalten haben.

Der Handel mit gebrauchten Sachen wird doch im alten Rom schwerlich so florirt haben, dass die Juristen diese Materie besonders zu behandeln genöthigt gewesen wären!

Sehr bezeichnend ist die von Jhering (Jahrbücher für Dogmatik Bd. 15, 3. Heft) angeführte Stelle Plautus Mercator I. 1 v. 14—16: meus pater dedit aestimatas merces: ita peculium conficio grande, aus der wir „die für das römische Leben nicht uninteressante Thatsache entnehmen können, dass der Vertrag auch im Verhältniss des Hausherrn zu seinen Untergebenen üblich war, der ihnen damit die Gelegenheit zum Peculiar-Erwerb darbot".

Analoge Rechtsverhältnisse finden sich auch heute noch, so zwischen dem Herrn und seinem Untergebenen, dem Meister und Gesellen; der in den Reichsgerichtsentscheidungen in Strafsachen Bd. 3, S. 154 angeführte Fall ist hierfür durchaus typisch.[1])

Der Umfang dieses Geschäfts erstreckt sich ferner keineswegs nur auf geringfügige oder gar auf gebrauchte Objecte, wenigstens beschränken die Quellen die res vendenda in keiner Hinsicht; wenn also heutzutage beispielsweise ein Consortium von Banquiers

[1]) Es handelt sich dort um einen Trödelvertrag zwischen einem Bäckermeister und seinem Gesellen; ebenso pflegen die grossen Bierbrauereien mit ihren Bierfahrern zu contrahiren u. s. w. Viele Personen nennen sich Agenten oder Commissionäre, und sprechen oft irrthümlich von Commissionslagern oder Consignationen, während sie materiell die Stellung eines Trödlers einnehmen.

die sämmtlichen Werthpapiere einer zu emittirenden Millionenanleihe erhält, um sie zu verkaufen und dafür entweder 100 oder die unverkauften Stücke zurückzugeben, so wird dieses Geschäft doch wohl unzweifelhaft materiell als Trödelvertrag anzuerkennen sein.

Ebenso ist kein Rechtsgrund vorhanden, diesen Vertrag auf Mobilien zu beschränken —[1]) wie dies u. A. Sintenis, pract. gem. Civilrecht Bd. 2, S. 117 „aus inneren Gründen thun will" und wie dies Weidling S. 126 betont. In diesem Sinne äussert sich auch ein Erkenntniss des O. A. G. zu Lübeck vom 5. Juli 1877 (Seiff. Archiv N. F. IV Nr. 36). Diese Ansicht wird auch durch Merckel in Weiske's Rechtslexicon bestätigt: „Die zu vertrödelnde Sache kann sowohl unbeweglich als beweglich sein und muss nur überhaupt in commercio sein; auch Forderungen und Processe werden vertrödelt; das Leben bietet Beispiele genug, als Häuser, Grundstücke, Rechte, Gerechtigkeiten. —

Wenn in l. 9 § 1 D. 20, 1 der Jurist erklärt, „quod emptionem venditionemque recipit etiam pignorationem recipere potest", so werden wir hier, wo eine res vendenda gegeben, also ein Verkauf herbeigeführt werden soll, analog sagen können, dass Alles, was sich verkaufen lässt, sich auch „vertrödeln" lässt. Thatsächlich

[1]) Ob Immobilien Objecte des Trödelvertrages sein können, ist bestritten. Das Grundeigenthum scheint hierfür zu schwerfällig; Geschäfte über Immobilien sind nicht Handelsgeschäfte. — Der Steuerfiskus ist anderer Meinung; denn er besteuert „den Handel mit Grundstücken", der besonders in grossen Städten in jeder nur möglichen Form — und überaus häufig auch in der des Trödelvertrages — lebhaft betrieben wird.

werden derartige Verträge täglich nicht allein über res corporales und über die althergebrachten res incorporales, sondern auch über moderne Rechte abgeschlossen: Patentrechte, Uebersetzungsrechte, Aufführungsrechte, ja sogar Engagements-Verträge findiger Impresarios und ihrer Primadonnen; den Ausdruck „dare“ wird man hier allerdings nicht pressen dürfen.

Gänzlich verkennt dies Endemann (das deutsche Handelsrecht 1876, S. 578 Anm. 33), welcher meint, „der Trödelcontract, der selbst bei den Trödlern nur noch ausnahmsweise zu finden, hat für den Handel nur noch sehr wenig Bedeutung; er ist für die heutige Mobilität zu schwerfällig.“ Zu dieser Bemerkung lässt sich wahrscheinlich Endemann dadurch verleiten, dass der Ausdruck „Trödel“ nur selten gebraucht wird; Agentur und Commission klingt freilich vornehmer — doch verbirgt sich darunter in unzähligen Fällen nichts anderes als unser reiner Trödelvertrag. Der öconomische Zweck wie der juristische Inhalt ist in allen Fällen derselbe.

Ebenso muss die Auffassung bekämpft werden, als ob der Geber der res immer der potior — der Empfänger der Geringere von Beiden sein müsse —; ebenso gut wie der reiche Fabrikant dem kleinen Händler, kann auch der arme Fabrikant oder Handwerker dem grossen Händler irgend ein Fabrikat auf Grundlage unseres Vertrages in Vertrieb geben.

Wir werden also bei unseren Untersuchungen das Rechtsverhältniss so weit auffassen, wie es die Quellen gestatten „cum res vendenda datur“, ohne jedoch diese Bezeichnung buchstäblich zu nehmen; denn

sonst würde jedes Verkaufsmandat darauf passen. Dieser Ausdruck hat übrigens zahlreiche Juristen dahin geführt, an der Existenz des Trödelvertrages zu zweifeln. So meint Kreittmayr, „man sei darüber nicht einig, ob ein besonderer Vertrag oder nur eine species mandati, locationis, vel venditionis vorliege. Am weitesten geht hierin Reinhold, welcher behauptet, dass die Römer sich überhaupt geirrt hätten, weil der Trödelvertrag und der Kauf auf Besicht juristisch ein und derselbe Vertrag seien. Einen Eigennamen haben die Römer allerdings für diesen Vertrag nicht gehabt; eine Definition wie wir sie bei anderen typischen Verträgen scharf begrenzt vorfinden, suchen wir hier vergeblich, doch hat Brinz überzeugend nachgewiesen, dass das vendendum dare ein technischer Ausdruck sei, der sich allemal da vorfinde, wo wir Ursache hätten, den Trödelvertrag zu vermuthen. Allerdings wird dann das vendendum dare jedesmal den Trödelvertrag bedeuten müssen, welche Consequenz Brinz nicht voll gezogen zu haben scheint, da er die l. 5 § 18 de tribut. act. 14, 4 nirgend erwähnt sed si dedi mercem meam vendendam.

Streit ist insbesondere über die l. 11 pr. D. r. cr. 12. 1 entstanden:

Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem, ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri ut eam venderes et nummis utereris, si vendideris, puto mutuam pecuniam factam; quod si lancem, vel massam sine tua culpa perdideris, priusquam venderes utrum mihi an tibi perierit quaestionis est; mihi videtur Nervae distinctio verissima existimantis, multum interesse,

venalem habui hanc lancem vel massam nec ne: ut si venalem habui, mihi perierit quemadmodum, si alii dedissem vendendam quod si non fui proposito hoc, ut venderem sed haec causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi iam periisse et maxime si sine usuris credidi.

Chambon (Beiträge zum Obligationenrecht Bd. 1, Jena 1851) will hier an ein Verkaufsmandat denken, weil die bei dem Trödelvertrage unerlässlich nothwendige aestimatio fehle, und wir von Ulpian eine genauere Ausdrucksweise zu erwarten berechtigt wären. Dagegen wendet Brinz mit Recht ein, dass gerade weil das vendendum dare ein technischer terminus sei, es genau genug sei, wenn hier Ulpian das Darlehen, welches durch Ueberlassung einer Sache zum Verkauf und ihres Erlöses vermittelt werde, des periculum wegen mit einem anderen Contracte vergleiche, den er bloss mit vendendum dare bezeichne: er müsse daher an einen bestimmten einzelnen Contract gedacht haben — sonst könnte er nicht vergleichen. Indem Brinz schliesslich Alles zusammenfasst, was dieser Name in sich vereinigt, gelangt er zu Folgendem: Si rem aestimatam vendendam tibi dedero ut aut eandem mihi afferres aut pretium, quove pluris vendidisses, tibi haberes.

Diese von Brinz aufgestellte Definition legen wir unserer Erörterung zu Grunde — denn sie giebt uns den Trödelvertrag in seiner Totalität; wir werden noch nachzuweisen versuchen, dass wir keinen dieser Brinzschen Bestandtheile entbehren können, ohne die ganze Existenz des Vertrages zu erschüttern. Dass dieses

vendendum dare, von den übrigen Bestandtheilen des Geschäfts abgestreift zur terminologischen Bezeichnung wurde, scheint durchaus einleuchtend. Uebrigens ist mit Sicherheit anzunehmen, dass in l. 19, 3 Ulpian die Formelconstruction im Auge gehabt habe (siehe auch Lenel Edictum S. 237).

Unter dieser Voraussetzung können wir das vendendum dare. den sogenannten Trödelvertrag, wie folgt hier definiren: er liegt vor, wenn Jemand einem andern unter einer Schätzung (aestimatio) eine Sache übergiebt (vendendam dat), welche verkauft werden soll, mit der Abmachung, dass dieser ihm entweder dieselbe Sache zurückbringe oder deren Preis (pretium — hier gleichbedeutend mit aestimatio), während er das plus — wenn er mehr erzielte — behalten darf. Vendendam, d. h. eine Sache, welche verkauft werden soll, oder damit sie verkauft werde, was wir besonders betonen, da dies bei der Betrachtung, ob etwa ein Kauf vorliege, später von Wichtigkeit sein wird.

Diese Bestandtheile des Vertrages finden sich jedoch in den Quellen nirgend vereinigt — sie sind mühsam zusammengesucht — und das vendendum dare ist gerade das Band, welches sie zusammenhält und ihre Zusammengehörigkeit beweist. Jeder dieser einzelnen Bestandtheile aber findet sich auch bei anderen Verträgen — es bedarf ihrer Vereinigung, um das neue Rechtsinstitut in seiner Eigenthümlichkeit zu begründen. Dies verkennt Wendt (Jahrbücher für Dogmatik, Jena 1884, Neue Folge X., Bd. 3, 5. Heft. Seite 377 u. f.), wenn er meint, der Vertrag zeige

keine Besonderheiten, nichts was ihm eigenthümlich wäre und bei anderen Contracten sich nicht in gleicher Weise zu wiederholen vermöchte, während er an einer anderen Stelle dagegen sagt, „dass das, was dem Trödelvertrag seine Eigenthümlichkeit und sein begriffliches Wesen verleihe, unmöglich das Auftreten der aestimatio sein könne, weil diese auch in zahlreichen sonstigen Fällen wiederkehre. Abgesehen von dem Widerspruche, wonach der Vertrag einmal nichts haben soll, was ihm eigenthümlich wäre — und wonach er wiederum seine Eigenthümlichkeit haben solle, nur nicht in der aestimatio scheint mir das Argument verfehlt, dass weil einzelne Bestandtheile in anderen Contracten wiederkehren, die Summe derselben hier nicht etwas ganz Anderes, nämlich den Trödelvertrag ergeben könne! Ebenso könnte man beweisen, die Chokolade zeige keine Besonderheiten, die ihr eigenthümlich wären, beziehungsweise der Zucker sei der Chokolade nicht wesentlich, weil er auch in zahlreichen anderen Fällen zu finden sei, während doch gerade die Beimischung des Zuckers zum Cacao das durchaus eigenthümliche neue Genussmittel „Chokolade“ ergiebt. Richtig bezeichnet dagegen Brinz den Vertrag als einen eigenen, gleichwohl aber „zweideutigen“, der zu den Mischlingen gehöre. Die Mischung ist eben das Charakteristicum des Vertrages. Das Wort „zweideutig“ möchte ich dahin erklären, dass der Vertrag seinem Inhalte nach auf zweifache — richtiger auf mehrfache — Weise gedeutet werden kann; die charakteristische Mischung bleibt in allen Fällen dieselbe, mag auch innerhalb derselben bald dieser bald

jener Bestandtheil vorherrschen; in diesem Sinne ist wohl Puchta zu verstehen, wenn er vom eigentlichen Trödelvertrage spricht, sobald nämlich der Vertrag dem Kaufe gleichsähe; man könnte diese Eintheilung erweitern und von einem kaufähnlichen, miethsähnlichen, mandatsähnlichen etc. Trödelvertrage sprechen.

Jeder der erwähnten vier Bestandtheile ist aber dem Vertrage nöthig:

1. Das Recht auf den Mehrerlös! Liessen wir dieses fort, dann hätte der Uebernehmer entweder gar keinen Lohn oder Gewinn zu erwarten und dann wäre ein Mandat am Platze gewesen, oder er hätte einen — vereinbarten — festen Lohn, dann wäre das Geschäft Dienstmiethe, oder er hätte einen Antheil am Gewinn, dann wäre es Societät oder societätsähnlich.
2. Die aestimatio: diese wird noch ausführlich zu behandeln sein; denn ihre Functionen sind vielseitig und müssen nach ihren verschiedenen Zielen besonders erkannt werden. Soviel muss aber von vornherein, weil aus der Natur der Sache folgend, als feststehend zugegeben werden; von einem Recht auf ein mehr kann erst dann die Rede sein, wenn von einem positiven Etwas ausgegangen wird — von einer Schätzung, mag dieselbe nun direct vom Eigenthümer festgestellt oder mit seinem Willen in das Ermessen eines Dritten, z. B. Sachverständigen gestellt oder von sonstigen Factoren als Marktpreis, Börsencurs etc. abhängig gemacht sein; ohne aesti-

matio, d. h. festen Ausgangspunkt betreffs des Preises, welchen der Eigenthümer verlangt, ist der Mehrerlös des Trödlers illusorisch.

Wenn also Wendt sagt, die aestimatio könne als lediglich begleitendes Moment ebenso gut fehlen, sie sei von der Willkür der Parteien hinzugefügt, aber Begriff und Lehre des Vertrages würden dadurch keine andere, so ignorirt Wendt die thatsächlichen Verhältnisse. Man denke: Hier ein Eigenthümer, der seine Sache vendendam dat, dort ein Uebernehmer, der sie in Vertrieb nimmt und keiner von Beiden soll das Wort sprechen: Wie viel bekomme ich dafür oder bezw. was kostet denn das Ding? Das Stillschweigen der Parteien könnte dann nur eine Bedeutung haben „zum bestmöglichsten Verkauf"; dadurch würde der Vertrag zum Mandat oder zur Dienstmiethe und der Trödler allenfalls zu einem das Delcredere beim Verkauf übernehmenden Commissionär.

Dass 3. die res zum Verkaufe hingegeben werden muss, und nicht etwa nur zur Ansicht oder Benutzung, ist, wie schon der Ausdruck vendendum dare besagt, ebenfalls selbstverständliche Voraussetzung.

Es bleibt noch das vierte Requisit: Alternativität der Verpflichtung, die Sache in natura zurückzugeben oder die Aestimationssumme zu bezahlen; wäre diese Verpflichtung keine alternative, sondern der Uebernehmer nur verpflichtet, die Sache selbst zurückzugeben, so kann von einem Vertrieb zum Verkaufe natürlich nicht die Rede sein; welchen Sinn sollte dann das zwecklose Hin- und Hergeben der Sache haben? be-

stände dagegen nur die Verpflichtung zur Zahlung der aestimatio, so würde diese letztere nur eine Bedeutung haben können, nämlich die eines Kaufpreises und das Geschäft wäre reiner Kauf; also gerade auf die Alternativität ist der Ton zu legen.

Wir werden also an diesen „vier Brinz'schen Requisiten" durchaus festhalten müssen.

Die Zweifel über die Natur des Trödelvertrages sind uralt, denn schon Ulpian zweifelte: „fuit enim magis dubitatum (ingens dubitatio scr. Haloander), cum res aestimata vendenda datur"; der juristische Streit über diesen Vertrag ist nie zur Ruhe gekommen — und von den Neueren hat Chambon, Jena 1851, die Frage wieder in Fluss gebracht; ihm antwortete sein Kritiker Brinz in den Kritischen Blättern civilistischen Inhalts Nr. 1, Erlangen 1852. Beide haben die Lehre erheblich gefördert, insbesondere sind Chambon's Erörterungen über die aestimatio höchst verdienstlich; auch giebt er eine umfassende Uebersicht der über unsern Vertrag bis zu seiner Zeit existirenden Meinungen, auf welche wir zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug zu nehmen gedenken; die von Chambon selbst gewonnenen Endresultate sind allerdings vielfach anfechtbar. Die Untersuchungen der Neueren wie z. B. Wendt's unterscheiden sich von denen Chambon's nicht vortheilhaft; dieselben neigen dazu, das Kind mit dem Bade auszuschütten — sie verwischen die charakteristischen Merkmale des Vertrages, räumen in dem an sich lobenswerthen Bestreben, die quaestio facti von der quaestio iuris zu scheiden, dem Willen der Parteien

einen viel zu weiten Spielraum ein und prüfen dann das übrig gebliebene oft recht farblose Destillat — wobei sich dann häufig mangelhafte Resultate ergeben müssen.

Es will mich bedünken, dass die Zweifel Ulpian's ganz anderer Natur waren, utrum ex vendito sit actio sagt Ulpian! Die actio ist es, welche zu den Zweifeln Anlass gab; denn auf sie kam es vor allen Dingen an; ein Vergreifen in der actio zog Abweisung der Klage nach sich (et ne periclitaretur actor ineptam actionem proponendo v. Glossa). Heute dagegen, wo wir uns längst von dem Banne des altrömischen Actionensystems befreit haben, haben diese Zweifel — so interessant ihre Erörterung an sich sein und so sehr sie unsere Erkenntniss der Lehre fördern mögen — keine practische Bedeutung mehr; das Gebiet gültiger Vertragsabschlüsse ist bei uns unbegrenzt, was allerdings Viele nicht abhält, dennoch jede Uebereinkunft unter eine gesetzlich besonders behandelte Vertragsform einzwängen zu wollen.[1])

Unsere Zweifel mögen mit denen Ulpian's eine gemeinsame Wurzel haben — dieselben sind es nicht.

Also die actio erregte den Zweifel der römischen Juristen; Jhering IX („Kritisches und exegetisches Allerlei") giebt hierfür folgenden Grund:

Man durfte dem Gläubiger nicht die entsprechende Contractklage gewähren, weil ihr gegenüber der Beklagte nicht das Recht gehabt hätte, die aestimatio zu

[1]) Siehe Seuffert's Arch. Bd. 29, N. 124 Anm.

geben, der Richter ihm vielmehr in Form des arbitrium die Naturalrestitution der Sache hätte auferlegen können; darum bedurfte es für alle derartigen Fälle einer besonderen Formulirung. Hierbei ist vorauszusetzen, dass der Vertrag zwar geschlossen, der Trödler aber von seiner Wahlbefugniss noch keinen Gebrauch gemacht habe; denn wenn er einmal gewählt hatte, hätte man recht wohl, sobald nur für die Ausübung dieser Wahlbefugniss eine verbindliche Form gewählt war, materiell mit den bestehenden Klagen auskommen können; wählte er die Restitution der res, so konnte die rei vindicatio oder eine actio mandati oder locati genügen; hat er dagegen die Zahlung der aestimatio auf sich genommen, so wird diese aestimatio zum Kaufpreis, er selbst Käufer und mit der actio venditi belangbar. Der Trödelvertrag als solcher hat in diesem Falle sein Ende erreicht und der gewöhnliche Kaufvertrag tritt an dessen Stelle. (S. Archiv für practische Rechtswissenschaft N. F. Bd. 2, S. 335 Anm.) Diese einfache Auffassung des Rechtsverhältnisses konnte jedoch deshalb nicht Platz greifen, weil die Voraussetzung, dass der Trödler so oder so wählte, nicht genügte, um die einmal entstandene Alternativobligation zu einer einfachen zu gestalten, vielmehr mussten hier die allgemeinen Rechtsregeln über derartige Obligationen Anwendung finden, wonach der Wählende das ius variandi hatte, also an die einmal getroffene Wahl nicht gebunden war.

Aus diesem Grunde blieb der Schwebezustand beim Trödelvertrage nicht bloss bestehen, bis jener gewählt — sondern bis er wirklich geleistet hatte, und ebenso-

lange war zum Schutze dieses Rechtsverhältnisses eine eigene Klage nöthig — die aestimatoria praescriptis verbis actio.

In der neueren Zeit hat sich insbesondere Jhering (Jahrb. für Dogmatik I., S. 31—33) mit grosser Lebhaftigkeit dafür ausgesprochen, dass im heutigen Recht in allen Fällen das Wahlrecht durch die blosse Erklärung des Wahlberechtigten verloren werde: die entgegengesetzte Entscheidung der römischen Quellen sei nur vom Standpunkte der römischen Stipulationstheorie gerechtfertigt."

Windscheid meint dagegen § 255: „Durch einseitige Erklärung des wahlberechtigten Schuldners oder Gläubigers tritt die Concentration an und für sich nicht, sondern nur dann ein, wenn dies in dem die Obligation begründenden Rechtsgeschäft ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt worden ist.

Wir werden also hier zu unterscheiden haben:

a) Im römischen Recht konnte das Wahlrecht des Trödlers nur vertragsmässig absorbirt werden — und zwar wegen der Alternativobligation nur mittelst exceptio pacti de non petendo bezüglich des einen Objects (Dernburg, Pand. § 27 Anm. 7).

b) Im neueren Recht kann die bindende Ausübung des Wahlrechts zwar auch ohne darauf gerichtete Uebereinkunft erfolgen, wir haben jedoch zu prüfen, ob in dem Vertrage selbst schon stillschweigend die Bestimmung liegt, dass durch die Ausübung der Wahl von Seiten des Trödlers die Concentration eintrete.

Wir werden nun an einer anderen Stelle noch nachzuweisen suchen, dass die Absicht der Parteien im Trödelvertrage eine zwiefache ist:

Es soll nämlich der Trödler erstens den Verkauf der Sache an Dritte versuchen und zweitens berechtigt sein, selbst Käufer zu werden; in letzterem Bestandtheil liegt nichts anderes als eine Verkaufsofferte; derartige Offerten sind regelmässig nicht bindend, vielmehr kann der Erklärende die abgegebene Willenserklärung wieder zurücknehmen (Windscheid § 304). Dies trifft auch beim Trödelvertrage insofern zu, als der Tradent möglicherweise den ganzen Vertrag — und damit auch die in ihm steckende Verkaufsofferte — durch Zurücknahme der res vendenda wieder aufheben kann.

Hat jedoch der Trödler seine Erklärung dahin abgegeben, dass er selbst kaufen wolle, so heisst das nichts anderes, als dass er die Verkaufsofferte acceptire — somit ist consensus vorhanden, die Offerte des Tradenten mit der Annahme des Trödlers zum Vertrage geworden; dieser Vertrag enthält alle Elemente des reinen Kaufs und ist als solcher zu behandeln Der Trödelvertrag hat seine Dienste gethan; er war nicht eigentlich ein pactum de vendendo, aber eine Veranlassung und Vorbereitung für den nachfolgenden Kauf; mit der Perfection des letzteren hat er sein Ende erreicht, und es kann nun keine der Parteien, auf den ursprünglichen Trödelvertrag gestützt, an der Lage der Dinge etwas ändern — insbesondere kann von einem ius variandi auf Seiten des Trödlers unmöglich mehr die Rede sein.

c) Soweit einzelne Trödelverträge – (das Institut ist im H. G. B. allerdings nicht erwähnt) — als Handelsgeschäfte anzusehen sein werden, was quaestio facti sein wird, wird alles das Platz greifen müssen, was das H. G. B. über Offerten und deren Annahme bestimmt; insbesondere wird also Tradent so lange gebunden sein, bis die Antwort des anderen Theils erfolgt sein kann.

Jedenfalls müssen wir das ius variandi des Empfängers schon deshalb leugnen, weil seine Consequenzen ganz unerhörte wären; man denke: der Empfänger hat erklärt, die aestimatio von 100 leisten zu wollen; ehe er gezahlt hat, fällt der Werth der Sache plötzlich auf 50 — sollte er nun vielleicht, auf sein ius variandi gestützt, seine Wahl noch ändern und den Mitcontrahenten mit der inzwischen auf die Hälfte ihres Werthes gesunkenen Sache abfinden können? Diese Frage wird wohl unbedenklich zu verneinen sein.

Wenn nun aber der Trödler einmal gewählt und somit die Obligation zu einer definitiv einfachen gestaltet hat, und er erfüllt diese dann nicht – in solchem Falle stehe ich nicht an zu behaupten, dass der Tradent gar nicht mehr an die frühere aestimatio gebunden ist, dass er vielmehr eine ganz neue Schätzung vorzunehmen und darauf seine Ansprüche zu basiren berechtigt wäre.

Dies verkennt Weidling (S. 130 N. 4), wenn er meint, dass auch nach der Erklärung, als Selbstkäufer eintreten zu wollen, der Trödler stets die Sache zurückgeben könne, da ihn der Geber stets und nur alternativ verklagen könne.

So richtig diese Bemerkung Weidling's vom Standpunkte des römischen Rechts auch ist, so sehr muss sie vom Standpunkt des modernen Rechts und insbesondere des Handelsrechts geleugnet werden.

So lange nun nicht entschieden war, ob res ob aestimatio prästirt werden würde, entstand eine Ungewissheit — ein Schwebezustand, und gerade dieser sollte regulirt werden.

Ungewiss ist jedoch nicht das Rechtsverhältniss selbst: denn in dem Augenblicke, wo die res vendenda übergeben ist und Eigenthümer und Trödler auseinandergehen, ist ein solches bereits definitiv geschaffen; (es ist das durch actio aestimatoria geschützte); ungewiss sind vielmehr die späteren Wirkungen des Geschäfts, welche von der noch zu treffenden Entscheidung des Trödlers abhängen. Die Natur dieses Schwebezustandes aber ist es, welche unsere Zweifel herausfordert, nicht die je nach der Wahl eintretende Wirkung! Diese letztere aber mit dem Geschäfte selbst zu verwechseln ist ein Irrthum, welcher Vielen, sogar Chambon, begegnete. Das Rechtsverhältniss ist einmal da — denn der Schwebezustand als solcher ist von beiden Parteien gewollt; er muss also der Ausgangspunkt unserer Untersuchungen sein und es geht nicht an zu sagen, das Geschäft sei, weil der Trödler so oder so gewählt habe, nun von Anfang an gar kein Trödelvertrag gewesen, sondern etwas Anderes.

Wegen des Schwebezustandes also bedurfte es (s. Jhering) einer Formulirung, „quod convenit linter ... ut aut res — aut aestimatio daretur“, und zum Schutze

dieses Verhältnisses wurde die aestimatoria praescriptis verbis actio eingeführt.

Karlowa hat in seinem Buche „das Rechtsgeschäft und seine Wirkung“ S. 253 nachgewiesen, dass diese aestimatoria die Vorläuferin aller actiones praescriptis verbis gewesen sei; für diese aestimatoria sei indess nur ein einziger Anwendungsfall übrig geblieben, nämlich „wenn res aestimata vendenda datur“; die Compilatoren hätten jedoch auf die Verschiedenheit der Klagformulare kein Gewicht gelegt — ihnen sei vielmehr die aestimatoria praescriptis verbis actio nur ein Anwendungsfall der allgemeinen pr. verbis actio gewesen, wie jeder andere; um Ulpian's Aeusserung zu generalisiren, hätte man dann die Worte quotiens und alicujus eingeschoben — den Zusatz von aestimatoriam jedoch gleichgültig stehen lassen. Dass ein Formular für die generelle praescriptis verbis actio im Edikt proponirt gewesen sei, hält er für durchaus unwahrscheinlich.

Ebenso hat Lenel in seinem Edictum perpetuum S. 237 II zur Evidenz bewiesen, dass die actio aestimatoria die einzige im Edikt proponirte actio praescriptis verbis gewesen sei und dass sie in allen anderen Fällen ad exemplum dieser ertheilt wurde. Beide weisen dagegen die Rudorff'sche Formelconstruction E. P. § 116 als zu theoretisch gefasst und in der Praxis unglaublich zurück: „Quod A. A. No. No. illud dedit ut N. N. illud daret faceret“ und widerlegen dieselbe durch Paulus, welcher in frag. V. de pr. verb. bei Besprechung der bekannten vier Schemata eine solche

Formel sicherlich erwähnt haben würde, wenn sie existirt hätte.

Lipp will die Worte praescriptis verbis streichen, die Klage dann „aestimatoria“ nennen und sie für eine benannte erklären. Er befindet sich damit im Gegensatz zur herrschenden Meinung und seine Bemühung, durch Einfügung eines Kommas (in f. 28. I. de act. 4,6 bei der Aufzählung der bonae fidei actiones) zwischen praescriptis verbis und quae de aestimato proponitur die sprachliche Zusammengehörigkeit des Wortes mit den „praescriptis verbis“ zu lösen, ist augenscheinlich unstatthaft.[1])

Glück will den Beisatz „aestimatoria“ nur für eine adiectitia qualitas erklären, wodurch die Eigenschaft der actio praescriptis verbis ausgedrückt werde, welche von der diesem Contracte wesentlichen aestimatio hergenommen sei, aber „kein nomen contractus beweist“.

Goeschen erklärt seinerseits: der Zusatz aestimatoria habe noch keine eigentlich technische Bedeutung und am wenigsten die, dass der Gebrauch dieses Ausdrucks den Trödelcontract zu einem benannten mache: die Ueberschrift 19, 3 sei zu ergänzen als: „de aestimatoria praescriptis verbis actione“.

Die Frage, welche Lipp hierbei aufwirft: wenn diese actio aestimatoria im Wesen nichts Anderes, als eine actio praescriptis verbis gewesen wäre — warum

---

[1]) Hiervon wird noch weiter unten ausführlicher die Rede sein.

hätten dann die Compilatoren dieser aestimatoria einen besonderen Titel in den Digesten einräumen können, beantwortet sich also schon durch die Ausführungen Karlowa's und Lenel's: (vgl. auch Vangerow Bd. III S. 246) weil jene aestimatoria die erste war.

Die richterliche aestimatio war bei allen Klagen, welche nicht auf Geld gingen möglich — und des weiteren meint Jhering S. 386 — man hätte mithin alle Klagen in diesem Sinne aestimatoriae nennen können! Ich glaube umgekehrt — hier ist ja gerade charakteristisch, dass das ev. arbitrium litis aestimandae vermieden werden soll; während also bei anderen Klagen nicht nur der Anspruch an sich, sondern auch sein Aequivalent in Geld streitig sein kann, sind sich hier die Parteien von vornherein über die Höhe des eventuellen Anspruchs durchaus einig — ihre aestimatio unterscheidet diese actio von solchen, wo jene fehlte, und darum ist die aestimatoria für alle dergleichen Klagen, wo schon aestimirt ist, und allerdings nicht nur für den Trödelvertrag, durchaus bezeichnend.

Der Vertrag ist also ein unbenannter: Brinz hat durch seine eingehenden quellenmässigen Untersuchungen nachzuweisen gesucht, dass er ein „Innominat-Realcontract" sei; nach ersterer — römischer — Anschauung würde die Hingabe der res dann stets contrahendi causa, nach letzterer, wenn man den Trödelvertrag als Consensualvertrag auffasst, solvendi causa geschehen. Diese Frage kann hier nicht eingehend erörtert werden — wir können uns nur darauf stützen, dass wir das Actionensystem des römischen Rechts nicht über-

nommen haben, dass also für uns schon nuda pacta klagbar sind; von einem Reuerecht ist bei uns ebenfalls keine Rede mehr — es wären also beide Theile zur Klage berechtigt. Wir würden ein derartiges pactum ohne Hingabe der Sache allerdings nicht für den Trödelvertrag selbst, sondern für einen Vorvertrag ansehen müssen, der etwa mit dem „pactum de vendendo" zu vergleichen wäre[1]); diesem eine entsprechende Klage zu verweigern, kann bei uns sicherlich kein Grund vorliegen.

Wir konstatirten schon oben, der Trödelvertrag sei ein besonderer Vertrag; „ist er kein anderer, dann ist er ein eigener", sagt Brinz; am besten werden wir, um zu einem Resultate zu gelangen, ihn mit anderen vergleichen, wie dies schon Ulpian in l. 19, 3 gethan, mit dem Kauf, der Miethe, dem Mandat; es waren ja Zweifel entstanden und gerade um diese zu beseitigen wurde die „aestimatoria" proponirt; dass er seine Farbe häufig wechsele, — dass er oft mandatsähnlich, kaufähnlich, miethsähnlich, — dass er „zweideutig" sei, bemerkten wir ebenfalls bereits — kann aber der Vertrag nicht unter Umständen wirklich zum Kauf, Mandat oder zur Miethe werden?

Mit der societas hat Ulpian ihn zwar in l. 19, 3 nicht verglichen, wohl aber in l. 44 D. pro socio 17, 2 — kann nun der animus societatis contrahendae den Vertrag zu einer societas machen? —

Die Römer verglichen zunächst mit der locatio conductio: an ex locato, quasi rem vendendam locasse

[1]) Dies wird noch weiter unten ausgeführt werden.

videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem sagt die l. 1 pr. D. aest. 19, 3.

Chambon vergleicht mit der loc. cond. rei und operarum, nicht mit der l. c. operis, wogegen Brinz mit Recht einwendet, dass Sachen zu dem frui licere gemiethet werden, woran beim vendendum dare nicht zu denken sei, dass hingegen das Verkaufen nicht bloss als Arbeiten (operae), sondern als auch Gearbeitetes (opus) gefasst werden könne. Im Uebrigen meint Chambon, dass die Unentgeltlichkeit der Bemühungen, welcher sich der Trödler unterziehe, vorzugsweise die römischen Juristen abgehalten habe, das durch Uebergabe einer res aestimata vendenda abgeschlossene Uebereinkommen unter den Gesichtspunkt der (Dienst) Miethe zu bringen. Dagegen Brinz: „Die Leistung des Trödlers — nicht minder als des Tagelöhners — sei niemals ein gratuitum; in seinem Herzen arbeite der Trödler wenigstens allemal um Lohn: die Ungewissheit des Lohnes mache den Unterschied."

Dagegen wendet Reinhold ein: „Bei Beurtheilung eines Rechtsgeschäftes käme es nie auf das an, was ein Contrahent denke oder fühle, sondern auf das, was er äusserlich erkennbar erkläre; Brinz habe Lohn mit Gewinn verwechselt. In Wahrheit schliesse der Nehmer der Sache den Vertrag, um die Sache gegen Gewinn weiter zu verkaufen, nicht um sich einen Lohn dafür zu holen; eine Arbeit, eine Kraftleistung und zwar eine ganz bestimmte werde hier weder von dem Einen bestellt, noch von dem Andern versprochen.

Ich glaube hierzu Folgendes bemerken zu müssen:

Der Lohn sollte doch jedesmal in einem bestimmten Verhältniss zur Thätigkeit stehen — was beim Trödelvertrag nicht der Fall; der Trödler kann trotz der allergrössten Mühe und Arbeit oft leer ausgehen, und bei ganz geringer Mühe in einem andern Falle unerhörte, ausser allem Verhältniss zu seiner Thätigkeit stehende Gewinne einheimsen. Die Absicht des Eigenthümers ist nicht auf Lohnzahlung gerichtet; denn gerade um die Kosten des Lohnes — wenn er sich z. B. eigene Angestellte halten müsste — zu ersparen, wendet er sich an den Trödler und dieser wiederum will keine bestimmte Thätigkeit, wie sie Angestellte oder Lohnarbeiter zu leisten pflegen, gewährleisten; er will die Sache zum Verkauf übernehmen, dabei seines Amtes aber frei walten; wie, in welcher Art, bis zu welchem Grade er dabei aber thätig sein werde, verspricht er nicht.

Der Eigenthümer der res giebt dem Trödler weder Lohn noch Gewinn; er zahlt ihn mit etwas, was ihn selbst wenig kostet, den Trödler aber locken kann — er verspricht ihm eine Gewinn-Chance; so erwirbt der Trödler gratis eine spes, eine Anwartschaft auf einen Gewinn, der gänzlich von seiner eigenen Thätigkeit — vielleicht auch von seinem Glück — abhängen wird, also etwas, was immerhin besser ist, als etwa ein nur gegen Entgelt erhältliches Lotterieloos.

Ich sagte, etwas, was den Eigenthümer wenig kostet, man sollte meinen gar nichts kostet, da er in dem Augenblicke der Abmachung gern bereit wäre, für die aestimatio sofort zu verkaufen; muss ihm doch ein sofortiger Verkauf erwünschter sein als ein

späterer! Aber eben darum, weil er nicht sofort verkaufen kann, interessiren ihn noch weiter die späteren Schicksale seiner res, die der Abmachung gemäss ihm event. wieder zurückgegeben werden kann; da er nun aber auf das lucrum, welches die Sache ihm in Gestalt eines höheren Erlöses in der Zwischenzeit abwerfen könnte, verzichtet, so liegt hierin eine Beschränkung seines Rechts als Eigenthümer — er kann ebenso lange nicht verkaufen, als er die Sache nicht vom Trödler zurückholt. Der Trödler hat somit ein Recht erworben, welches eine Beziehung zu der in seinen Händen befindlichen res enthält und welches man mit Rücksicht hierauf recht wohl als „bedingte Eigenthumsübertragung" bezeichnen könnte: oder sollte das Recht des Trödlers etwa erlöschen, wenn der Eigenthümer, nachdem er dem Trödler die res übergeben, dieselbe einem Dritten verkauft? Sicherlich nicht, denn so lange der Trödler wahlberechtigt ist, kann der Eigenthümer das Eigenthum an der Sache einem Dritten vielmehr immer nur mit jenem onus übertragen — er würde sonst plus transferre quam ipse habet.

Der Eigenthümer der res, zu dessen Lasten die Aussicht besteht, dass der Trödler von dem ihm einmal mit Bezug auf die res eingeräumten Wahlrechte Gebrauch macht, kann nicht mehr bewirken, dass die für den Fall, dass der Trödler so oder so wähle, in Aussicht gestellte Wirkung nicht eintrete; er ist schon jetzt gebunden. Siehe Windscheid, Pand. Bd. 1 § 89, welcher in der Anmerkung den Ausdruck „Gebundenheit" dahin erklärt, dass derselbe nicht von einer bloss

obligatorischen Gebundenheit verstanden werden dürfe; „der bedingt Belastete ist nicht bloss in seinem Dürfen gehemmt, sondern auch in seinem Können".

Dieses dem Trödler einzuräumende Recht kann in einzelnen Fällen einen sehr prägnanten Ausdruck erhalten: man denke an die Vertrödelung eines Grundstücks, welche, wie wir gesehen haben, recht wohl zulässig ist; das dare macht dabei wohl Schwierigkeiten — aber hat nicht der Eigenthümer, wenn er, wie in dem Falle, welchen das O. A. G. zu Lübeck am 5. Juli 1877 entschied (Seuffert Arch. N. F. Bd. 4 N. 36), dem Trödler das Grundstück übergiebt und ihm seine Verkaufsvollmacht ertheilt, diesen in die Lage versetzt, über das Grundstück materiell zu verfügen, wie ein Eigenthümer, und ist damit dem dare nicht Genüge geleistet?

Warum sollte nun nicht jenes Recht des Trödlers noch ganz positiv sicher gestellt werden können, bei uns etwa durch eine Vormerkung auf dem Grundstücke zu Gunsten des Trödlers, „die Berechtigung des Letzteren, das Grundstück zu verkaufen und den die Summe von 1000 übersteigenden Theil des Kaufpreises für sich zu behalten." Da hätten wir dann ein wirkliches dingliches Recht.

Also der Eigenthümer räumt dem Trödler in allen Fällen ein Recht ein[1]), welches mehr als eine bloss obligatorische Gebundenheit bedeutet; der Letztere er-

[1]) Uebrigens braucht der Trödler jenes Recht vom Eigenthümer nicht immer gratis zu haben — Letzterer könnte sich auf alle Fälle dafür etwas zahlen lassen, etwa nach Analogie der kaufmännischen Optionen, die ja auch vielfach gegen Entgelt ertheilt zu werden pflegen.

wirbt damit ein wirthschaftliches Gut, einen Vermögenswerth; er könnte dieses sein Recht des Weiterverkaufes und Mehrerlöses — das Recht, nicht etwa die zu vertrödelnde Sache — verpfänden, er könnte es an einen Dritten, beispielsweise einen andern Trödler gegen Entgelt abtreten.

Also der Trödler erhält jedesmal etwas — ein vermögenswerthes Recht, wenn dieses zur Zeit auch nur eine spes repräsentirte; man kann also nicht sagen, dass er je umsonst arbeite. Der Eigenthümer gewährt ihm dieses und räumt ihm dabei ein Feld für seine Thätigkeit ein — der Trödler aber, indem er beides annimmt, verspricht damit implicite auch eine gewisse Thätigkeit entfalten zu wollen; thut er es nicht, so handelt er nicht im Geiste des Vertrages. Die Frage sollte also nicht, wie Chambon und Andere es thun, dahin gestellt werden, ob der Trödler verkaufen muss, denn das ist seine Sache — sondern ob er irgend eine auf den Verkauf zielende Thätigkeit entwickeln muss. Letzteres muss bejaht werden; das Maass und der Umfang der Thätigkeit sind allerdings nicht fest umgrenzt, werden aber nach Maassgabe des Falles zu entscheiden sein: die bona fides ist hierbei zu berücksichtigen: est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. Der Buchhändler, welcher also beispielsweise die Novitäten des Verlegers, anstatt sie in seinem Laden auszulegen, im Keller liegen lässt, verstösst gegen diese bona fides.

Wenn also Buhl (das Conditionsgeschäft, Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 25 S. 142 ff.) der Ansicht ist,

„der Sortimenter braucht überhaupt nicht thätig zu werden", so kann ihm darin nicht beigepflichtet werden.[1]) Dagegen Windscheid § 383: „Ob der Empfänger verpflichtet ist, sich um einen günstigen Verkauf zu bemühen und Schadenersatz zu leisten, wenn er in dieser Beziehung etwas versieht, hängt von dem Sinne des Geschäfts ab; im Zweifel wird allerdings anzunehmen sein, dass die Parteien diese Verpflichtung gewollt haben, es müsste denn die Hingabe zum Verkauf lediglich im Interesse des Empfängers geschehen sein".

So könnte man in zahlreichen Fällen das Maass der billigerweise zu erwartenden Thätigkeit recht wohl feststellen, ja es kann Fälle geben, in dem sich das Unterlassen der Thätigkeit als dolus charakterisirt, wenn nämlich der Trödler von vornherein die res nur annahm in der bestimmten Absicht, sie nicht zu verkaufen, beispielsweise wenn er selbst schon ähnliche Sachen besass und nur die Concurrenz aus dem Wege räumen wollte. Hier wäre der Eigenthümer befugt, auf Schadenersatz zu klagen; allerdings hätte er den oft kaum möglichen Beweis der Nichtthätigkeit des Trödlers zu führen.

Wir werden also wohl sagen müssen, dass hierin eine der Eigenthümlichkeiten des Trödelvertrages liegt, dass nämlich der eine ein vermögenswerthes Recht einräumt, der andere dagegen eine gewisse, der Ausführung und dem Maasse nach ihm selbst überlassene, nach den Regeln der Billigkeit zu bemessende Thätigkeit zu entwickeln übernimmt. Für die geleisteten

[1]) S. Goldschmidt Z. f. H. R. XXXIII S. 492.

Dienste an sich, mögen dieselben erfolgreich sein oder nicht, hat der Trödler keinerlei Lohn zu erwarten und er könnte, wenn er gerade für die aestimatio verkauft, nun jene Dienste nicht zur Grundlage eines Anspruchs auf merces machen: diese letzteren können allerdings im Einzelfalle noch besonders zwischen den Parteien verabredet werden, ohne dass das Geschäft dadurch zu einem andern wird: haec actio utilis est. et si merces intervenit.

Chambon übersetzt dies: die Klage auf bedungenen Lohn werde nur utiliter zugelassen! Brinz hat das gänzlich irrige dieser Auffassung dargethan — es wäre in der That ein Unding, eine praescriptis verbis actio jemals utiliter zuzulassen: wir werden also utilis mit „anwendbar" übersetzen müssen. Diese Ansicht theilt auch Glück. Pand. § 1067: utilis est heisst hier soviel als: actio haec institui sc. adhiberi potest oder proficua est.

Die Natur dieser merces hat Brinz in erschöpfender Weise dargethan: die merces tritt nur als ein accessorium zu den üblichen Bestandtheilen des Contracts hinzu, als eine ausserordentliche Zuthat, als ein gewisser Lohn neben dem ungewissen: wegen der noch immer vorhandenen Ungewissheit des Lohnes ist der Vertrag noch immer keine locatio conductio; auch hat Derjenige, qui vendendum dat nicht immer dasselbe Gesicht: dort tritt er auf wie ein Dienstherr — hier giebt er Vollmacht und Auftrag."

Wir werden also wohl sagen müssen, dass zwar das Hinzutreten einer merces den Charakter des Vertrages nicht ändere, wohl aber ein Element bilde,

welches die normale Natur des Vertrages verändere — er bleibt ein Trödelvertrag, aber ein dienstmiethe-ähnlicher: dass hier der Trödler die merces behalten dürfe, ohne überhaupt irgend eine entsprechende Thätigkeit entwickeln zu müssen, dürfte wohl schwerlich behauptet werden können. —

Ulpian hat ferner den Trödelvertrag mit dem Mandat verglichen

Chambon sagt hierüber Folgendes:

Es sei zweifellos, dass von dem Trödler eine gewisse Thätigkeit erwartet werde; eine Gleichmässigkeit der Verhältnisse bei dem contractus aestimatorius und dem Mandate sei nicht bloss rücksichtlich der rein äusserlichen faktischen Umstände, sondern auch hinsichtlich der nächsten Intentionen der Parteien vorhanden und diesem Momente sei es insbesondere zuzuschreiben, wenn die Römer die actio mandati zur Anwendung zu bringen versucht hätten.

Brinz fügt hier noch hinzu: „das facere des Uebernehmers sei für ein Mandat zu unentschieden; entscheidend sei die Form der Zusage, ob in der Unterwerfung unter einen Auftrag oder in Gestalt eines Versprechens auf Anfrage; das vendendum dare könne in Form eines Auftrags von statten gehen; ferner werde der Trödler nicht immer Eigenthümer und bedürfe, wie bei dem Mandat, um den Verkauf für den Herrn verbindlich zu machen, einer Vollmacht".

Ferner findet Chambon in der Gratuität des Mandats einen Vergleichspunkt, während Brinz darauf hinweist, dass Ulpian in der Gratuität vielmehr einen

Differenzpunkt gefunden habe; überdies stellt Brinz die Gratuität in Abrede, da „die Trödler um ihren Pfennig schachern und nicht alles ex officio atque amicitia thäten“ und führt zum Beweise die l. 13 D. pr. v. 19, 5 an:

„Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem ut quo pluris vendidisses tibi haberes placet neque mandati — esse actionem — quia — mandata gratuita esse debent.“

Beim Mandate sei später auch ein Salarium vorgekommen, aber nur für vornehmere Dienste; da läge Dienstmiethe vor, aber Mandat nenne man es; mit diesem Zwitterding dürfe man nicht vergleichen, wenn man mit dem Mandat vergleichen wolle man müsse mit beiden getrennt vergleichen: „mit dem was es ist, und davon ist der Trödelvertrag durch Ungewissheit des Lohnes verschieden — mit dem was es heisst und davon ist er durch Absicht auf Lohn verschieden“

So richtig diese Brinz'schen Ausführungen auch sind, glaube ich doch, dass Brinz besser gethan hätte, nicht nur an die Hausirer und dgl. zu denken, die um ihren Pfennig schachern; diese thun allerdings nichts officio atque amicitia, aber wie ich schon in der Einleitung sagte — muss der Contrahent, welcher die res zum Verkauf übernimmt, denn gerade ein Trödler im wirthschaftlichen Sinne sein? kann man nicht die Verkäuferrolle übernehmen, ohne diese Geschäfte gewerbsmässig zu betreiben? kann man nicht selbst als Mann in höchst ehrenvoller Lebensstellung eine sich zufällig darbietende Gelegenheit zu irgend einer bedeutenden Negociation,

bei welcher das Verkaufsobjekt übergeben und die Anerkennung — der Ehrensold, wie Dernburg bezeichnend Honorare nennt — in Form eines plus in keineswegs ehrverletzender Weise dargeboten wird, diesen eventuellen Nutzen sich dankend gefallen lassen? Kann man dies nicht sogar trotz eventuellen Interesses aus amicitia thun? So spricht Glück davon, dass, wenn ich einem Freunde, der gerade auf die Messe reiset, eine Sache mitgebe, um sie mir, wenn sich ein Liebhaber dazu finden sollte, für einen zu dem Ende käuflich angeschlagenen Preis zu verkaufen, dieses Geschäft kein Trödelcontract, sondern blosses Mandat sei; aber sollte mein Freund etwa deshalb an unserer Freundschaft zweifeln, wenn ich ihm anheimgebe — z. B. mit Rücksicht auf die bedeutenden Kosten, die ihm die Reise verursachen werde — einen etwaigen Mehrerlös für sich zu behalten? Nutzen und Freundschaft scheinen sich allerdings schlecht zu vertragen — aber unmöglich sind sie nicht; sagt doch selbst Cicero de amicitia „Sic et utilitates ex amicitia maxime capientur.“ Selbst Kaufleute reden von freundschaftlicher Verbindung, nennen sich Geschäftsfreunde; eine ideale braucht diese Freundschaft keineswegs zu sein, aber im Einzelfalle, hier beim vendendum dare, kann einer von zwei befreundeten Kaufleuten recht wohl die Sache des Anderen in Vertrieb nehmen, mehr von der Absicht geleitet, ihm zu dienen, als von derjenigen, Gewinn zu erzielen — also besonders wenn die Initiative zu dem Geschäfte vom Eigenthümer der res ausgegangen ist; man kann zum mindesten nicht sagen, der Uebernehmer handle hier

nur für sich (Chambon S. 103), er führe nur sein eigenes Geschäft; allenfalls könnte man sagen, bis zur Höhe der aestimatio führt er ein fremdes Geschäft, bis zu dieser Höhe vertritt er in allen derartigen Fällen fremde Interessen; der Eigenthümer der res hat eben diese Grenze selbst gezogen — ist sie erreicht, ist der Zweck, weswegen jener sich der Thätigkeit des Trödlers bediente, erfüllt: der Trödler muss also zuvörderst jenes fremde Interesse schützen, ehe er überhaupt anfangen kann an sein eigenes zu denken; — darüber hinaus beginnt erst sein eigenes Geschäft. Diesem „darüber hinaus", welches seine Rechte von denen des Mandatars scheidet, steht aber ein anderes „darüber hinaus" entgegen: die Geschäftsthätigkeit (sagt Chambon S. 103), die der Tradent der res von ihm erwartet, giebt deshalb nicht den Inhalt seiner Verpflichtung, weil letztere darüber hinaus darauf geht, dass er in jedem Falle res oder aestimatio leisten muss; er kann sich von seiner contractmässigen Haftung selbst durch den gewissenhaftesten Weiterverkauf nicht befreien". Diese Worte Chambon's deuten darauf hin, dass auch dieser richtig angenommen hat, in dem Trödelvertrage stecke ein Mandat. Je mehr sich im concreten Falle das Geschäft von dem Kaufe entfernt und dem Mandate nähert, desto deutlicher wird dieses Moment zu Tage treten. So ist es nicht undenkbar, dass z. B. ein Notar, in den Ländern, in welchen Notare die Verwaltung fremden Vermögens zu führen pflegen, irgend eine schwierige Negociation mit Sachempfang übernähme und an einem zu erzielenden plus statt oder neben

sonstigem Honorar, ein Interesse bekäme: ein solcher Notar würde in erster Linie doch immer ex officio handeln, denn die Aussicht auf sein Interesse würde ihn nie veranlassen können, dasjenige des anderen Theiles als untergeordnet zu betrachten — er wäre also materiell Trödler und handelte doch „ex officio".

Mag dieses bei uns nicht üblich sein — die Möglichkeit, dass der Contrahent, dem eine Sache vendenda datur „nicht immer dasselbe Gesicht zu zeigen braucht", kann es recht wohl darthun. Auf die Person des Uebernehmers und auf die begleitenden Umstände kommt es also an: ein gemeiner Hausirer wird natürlich nur auf seinen Nutzen bedacht sein. — Jemand, der dieses „Vertrödeln" dagegen nicht geschäftsmässig betreibt, sondern nur gelegentlich oder zufällig eine res vendenda übernimmt, muss mit anderm Maasse gemessen werden: dieser wenigstens führt gleichzeitig zwei Geschäfte: — ein fremdes, bis zur Höhe der aestimatio und sein eigenes für den Mehrerlös: dieses plus kann ihm ebenso, unter Umständen, Nebensache sein als das Honorar dem Rechtsanwalte oder Arzte.

Baron (Pand. 4. Aufl. § 307) hat daher für dergleichen Fälle nicht Unrecht, wenn er den Vertrag als eine Unterart des mandatum mea et tua gratia erklärt zu wissen wünscht.

Puchta unterscheidet, ob das Geschäft mehr den Charakter eines Mandats, einer Dienstmiethe habe und nimmt an, dies sei der Fall, wenn der Anstoss vom Eigenthümer ausgegangen.

Die Grenzen zwischen diesem — mandatsähnlichen

— Trödelvertrag und dem Mandate wären daher flüssige, wenn nicht andere, wesentlichere Momente der Unterscheidung vorhanden wären. Der Unterschied liegt vielmehr in der bei dem Mandat vorhandenen gänzlichen Abhängigkeit des Mandatars von dem Mandanten. Der Mandatar ist wegen der Ausführung des Geschäfts den Instructionen des Mandanten zu jeder Zeit unterworfen, während der Trödler das Geschäft frei und unabhängig von jenem Willen betreiben kann; das Mandat kann stets zurückgezogen werden — woran selbst ein Verzicht auf den Widerruf nichts ändern kann — beim Trödelvertrage aber kann der Eigenthümer für eine beliebig lange Frist auf das Recht des Widerrufs verzichten.

Mit Recht erklärte daher das O. A. G. zu Lübeck in seinem Erkenntniss vom 5. Juli 1877 (Seufferts Arch. N. F. Bd. 4, N. 36) „Vertrag, durch welchen ein Grundbesitzer seinen Mitcontrahenten ermächtigt, seine Landstelle in eigenem Namen für einen festgesetzten Minimalpreis zu verkaufen, mit der Bestimmung, dass das etwa erzielte Mehr ihm verbleiben solle", dass man es hier mit einem reinen Mandatsverhältniss schon deshalb nicht zu thun habe, weil eine diesem entsprechende Befugniss des Beklagten zu jederzeitigem, beliebigen Widerruf ausserhalb der ersichtlichen Intention des durchaus als zweiseitig gedachten und gewollten Geschäfts läge; das Geschäft habe deshalb am meisten Aehnlichkeit mit dem Trödelvertrage.

Ebenso kann von einem Erlöschen des Trödelvertrages durch den Tod eines der beiden Contrahenten

(wie dies beim Mandat der Fall ist) nicht die Rede sein. Auch muss der Mandatar dem Mandanten Rechnung legen, ihm die nöthigen Beläge unterbreiten und alles erstatten, was er infolge des Mandats vereinnahmte, weil nihil ex mandato apud eum remanere oportet!

Der Trödler dagegen ist zu einer Rechnungslegung in keiner Weise verpflichtet, und während überdies der Mandatar alle Auslagen und Kosten, die er im Interesse des Geschäfts hatte, dem Mandanten in Rechnung stellen kann, selbst wenn er das Geschäft nicht erfolgreich zu Ende führte, erhält der Trödler nichts zurückerstattet. Endlich haftet im Gegensatz zum Mandatar der Trödler stets für die durch den Weiterverkauf von dem Dritten zu leistende Zahlung der Aestimationssumme: er steht das Delcredere für dieselbe.

Wir werden also wohl sagen müssen, dass diese Umstände Mandat und Trödelvertrag scharf scheiden; mag auch die Veranlassung, die Ausführung, der animus des Geschäfts dem des Mandats sich noch so sehr nähern, mag der Uebernehmer vorzugsweise und überwiegend fremdes Interesse im Auge haben, ja ganz und gar ein fremdes Geschäft führen wollen, — zum Mandate kann das Geschäft dadurch schon deshalb nie werden, weil das Moment der rechtlichen und wirthschaftlichen Abhängigkeit von einem fremden Machtgeber hier fehlt; der Trödler handelt frei nach eigenem Ermessen, er führt das Geschäft allemal zu eigenem Recht. In der erwarteten Thätigkeit, sowie in der Vollmacht, welche, wie Brinz richtig bemerkt, alle-

mal in dem Vertrage stecken, liegt das dem Mandat ausserordentlich ähnliche Prinzip — die Abweichung darin, dass der Mandatar mit der Ausführung eine Pflicht erfüllt, der Uebernehmer im Trödelvertrage dagegen ein Recht wahrnimmt. —

Die Römer verglichen ferner den Trödelvertrag mit dem Kaufe; dass von einem reinen Kauf nicht die Rede sein könne, besagt schon der Ausdruck vendendum dare; denn vendendum: „damit verkauft werde", ist nicht gleichbedeutend mit venditio. So ist auch mit Recht in dem im Archiv für practische Rechtswissenschaft N. F. Bd. 2, S. 335 angeführten Falle: „Trödelvertrag oder pactum de retroemendo" aus der Fassung, d. h. aus den Worten „zum Verkauf" auf das Dasein des Trödelvertrages geschlossen. Man könnte sich allenfalls verleiten lassen, an einen bedingten Kauf zu denken, wie dies Chambon gethan hat: nach den gründlichen Widerlegungen, die diese Ansicht jedoch durch Brinz gefunden und nach den klaren Erörterungen Wächter's und Anderer über diesen Gegenstand, sollte man diese Ansicht für abgethan halten und es als feststehend annehmen, dass der Trödelvertrag allemal kein Kauf sei — indessen taucht doch immer noch hie und da die Ansicht auf, der Trödelvertrag sei weiter nichts als ein Kauf mit dem Vorbehalte des Käufers, die erkaufte Sache binnen einer bestimmten Frist rückstellen zu dürfen: der Vertrag wäre also mit dem Kauf auf Besicht auf eine Stufe zu stellen — folglich wäre der contractus aestimatorius einfach „ein bedingter Kaufvertrag" — also kein eigener. So bei Reinhold cit.

Dies steht im Widerspruche mit der schon oben nachgewiesenen Thatsache, dass der Vertrag zwar ein zweideutiger oder mehrdeutiger, aber jedenfalls ein eigener Vertrag sei — und wenn Reinhold zu einem entgegengesetzten Schlusse kommt, so muss schon irgend eine Prämisse bei ihm falsch sein.

Ich erwähnte schon, dass Reinhold den Vertrag viel zu eng als „regelmässig zwischen einem Fabrikanten und einem Hausirer abgeschlossen" definirte, aber selbst bei diesem kaufähnlichsten aller Trödelverträge würde er zu einem andern Resultate haben kommen müssen, wenn er sich nicht von vornherein mit Rücksicht auf den „Verkaufswillen" des Eigenthümers der res geirrt hätte: er sagt S. 4: „der Fabrikant hat zweifellos die Absicht und den Willen, seine Waare zu verkaufen — gewiss ist, dass er auch in dem vorliegenden Falle (des Trödelvertrages) wünscht für seine Waare Geld zu erhalten; erhält er aber das Geld, dann ist gewiss, dass er seine Waare verkauft hat — folglich sei er auch in dem vorliegenden Falle von dem wahren und ernstlichen Verkaufswillen erfüllt. Hier identificirt Reinhold Wunsch mit Willen. Jeder Fabrikant hat den natürlichen Wunsch, seine Waaren zu verkaufen und insofern hat er den ganz allgemeinen Geschäftswillen: er will verkaufen — d. h. er möchte gerne, aber leider kann er nicht; denn Käufer sind nicht immer aufzutreiben; da muss er denn zu einem anderen Mittel schreiten, und sich mit Jemandem einlassen, der zwar noch kein Käufer ist, der aber, durch ausserordentliche Zugeständnisse gelockt, sei es andere Käufer heran-

holen, sei es selbst einer werden kann. Auch der Trödler seinerseits hat den Willen zu kaufen — d. h. er möchte gern kaufen, — aber er kann nicht, es fehlt ihm am baaren Gelde, an den nöthigen Mitteln, um ein etwaiges Fallen des Preises der Waare auszuhalten, oder er kann das Risico nicht laufen, die Waare auf seinem Lager zu haben und dort unverkauft liegen zu lassen, während inzwischen vielleicht seine Wechsel fällig werden, für die ihm dann die Deckung fehlt!

Alles dieses ist ihm viel zu bedenklich, sein Wille zu kaufen bleibt daher ebenfalls blosser Wunsch: gerade weil ihm das Geschäft zu gefährlich scheint, will er nicht kaufen — er will dem Eigenthümer das Risico lassen und auf dessen Gefahr speculiren: geht die Sache gut, dann hat er selbst den Mehrgewinn — geht sie schief, dann mag der Eigenthümer die Waare auf dem Halse behalten.

Wenn also dieser allgemeine Verkaufswillen des Fabrikanten in dem concreten Falle keine Verwirklichung finden kann — weil ihm kein Contrahent gegenübersteht, mit dem eine Willenseinigung über den Kauf in jenem Augenblicke zu ermöglichen ist, vielmehr nur eine solche über einen gewissen Schwebezustand, welcher vielleicht mit der Zeit einen Kauf herbeizuführen geeignet ist — vielleicht aber auch nicht, — dann ist eben die Prämisse falsch und alle weiteren Schlussfolgerungen Reinhold's fallen zusammen.

„Erhält aber der Fabrikant das Geld" (S. 5), „dann ist gewiss, dass er seine Waare verkauft hat" — ob er

aber das Geld je erhalten wird und nicht vielmehr seine Waare zurück, ist bei Abschluss des Trödelvertrages noch völlig ungewiss — folglich ist gewiss, dass er in dem Augenblicke seine Waare noch nicht verkauft hat.[1]) Das wäre ein schöner Fabrikant, der am Ende des Geschäftsjahres die bei den zahlreichen Trödlern herumliegenden Waaren als „verkauft" in seinen Büchern verzeichnen und danach seine Bilanz ziehen wollte: er wird vielmehr dafür ein Extraconto anlegen müssen: „Unverkaufte Waaren in Händen von Trödlern befindlich"; handelte er anders, so dürfte er sich über seine Geschäftsresultate und über den Zustand seines Vermögens unter Umständen in recht empfindlicher Weise täuschen!

Noch klarer ist das Verhältniss, wenn etwa die Initiative vom Eigenthümer der Sache ausgegangen ist — wenn dieser einen Dritten durch das Versprechen des Mehrerlöses erst überredet, einen Weiterverkauf doch einmal zu versuchen; wenn er etwa wie oben einem Freunde die Waaren auf die Messe mitgiebt; vielleicht sei dort mit dem hier ganz unverkäuflichen Fabrikat etwas anzufangen; vielleicht, wenn er Glück hat, gar ein plus zu erzielen, auf welches er zu Gunsten des Freundes, da dieser angesichts ihres freundschaftlichen Verhältnisses eine merces durchaus nicht annehmen will, dann gerne verzichte —; in solchen, mehr mandatsähnlichen Fällen rückt die Möglichkeit eines Verkaufs in immer weitere Ferne, und da das Geschäft

[1]) d. h. gar nicht, auch nicht bedingt, verkauft hat.

„Kauf“ zu nennen, dürfte schwerlich Jemandem einfallen. Da lässt sich ebenso wenig von einem bedingten Kauf reden, wie wenn ich mit einem Auctionator oder Commissionär einen Vertrag über das Verkaufen meiner Sachen geschlossen hätte; in jenem Momente enthält der Trödelvertrag höchstens die Elemente der Vorbereitung eines Kaufs und man könnte ihn da allenfalls zum Theil für ein pactum de vendendo ansehen![1])

Doch kehren wir zu Chambon und Brinz zurück, und hören wir deren Ansichten über die Restitutionsmöglichkeiten: diese giebt es auch beim Kauf, z. B. ad gustum, si placuerit, si displicuerit, bei laesio enormis — also sollte nach Brinz' Ansicht die Frage richtig dahin formulirt werden:

„Inwiefern ist dennoch durch die Restitutionsmöglichkeit der Trödelvertrag vom Kaufe verschieden?“

Der Unterschied dreht sich um das Heimschlagen der Waare – nicht auf das Heimschlagen können, sondern auf das Sollen sei der Ton zu legen, sagt Brinz: im Trödelvertrag sei die Zurückgabe, wenngleich nur alternativ, in obligatione. Das käme beim Kaufe nicht vor!

Auch Chambon gelangt zu einer condicionalis venditio; die seinige ist aber von derjenigen Reinhold's verschieden: denn Letzterer versteht darunter einen unter einer Bedingung abgeschlossenen Kauf – Ersterer

[1]) Hierüber wird noch weiter unten gesprochen werden.

vielmehr „ein Rechtsgeschäft, das nach den in ihm liegenden factischen Voraussetzungen die Natur eines Kaufes erhalten könne". Dagegen Brinz treffend: „Es giebt kein Rechtsgeschäft, ausser demjenigen, welches von den Parteien abgeschlossen wird — wird ein Trödelvertrag abgeschlossen, so ist kein Kauf da, und kann daraus niemals einer werden": ferner S. 15: „Chambon hat die Wirkungen des Geschäfts mit dem Geschäft selbst verwechselt".

Ebenso positiv erklärt Wächter, Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 2 S. 479: „Das Rechtsverhältniss zwischen dem Verleger und dem Sortimentsbuchhändler" — welches Verhältniss er allerdings im Gegensatze zu Buhl (Bd. 25 S. 142 derselben Zeitschrift) als Innominatcontract und deutschrechtlichen Vertrag sui generis bezeichnet —: „Die Absicht der Parteien beschränke sich nicht auf einen Kauf; der Sortimenter will nicht principaliter kaufen, auch nicht bedingt; er nimmt die Waare, um sie andern anzubieten und an sie zu verkaufen"; ferner: „In der Sendung liegt factisch immer auch eine Kaufsofferte für den Sortimentsbuchhändler, aber es liegt nicht wesentlich in derselben und liegt nicht ausschliesslich in ihr"; ferner: „Es ist ein wirkliches nicht bloss bedingtes Vertragsverhältniss". So auch Buhl: „kein aufschiebender noch auflösender bedingter Kauf; wenn der Sortimenter von seinem Remissionsrechte Gebrauch mache, werde dadurch nicht die Perfection des Vertrages vereitelt, oder das Rechtsverhältniss, wie beim Eintritt einer Resolutivbedingung wieder aufgehoben — sondern einfach die Obligation, welche der Sortimenter auf sich genommen habe, erfüllt".

Bei dem suspensiv bedingten Kauf nach Belieben hänge die Perfection der Obligation vom blossen Willen des Käufers ab, hier dagegen sei der Sortimenter mit dem Vertragsschluss sofort endgültig obligirt und könne nur eine zeitlang zwischen zwei verschiedenen Arten der Erfüllung wählen! (Die Zurückgabe, wenngleich nur alternativ, ist in obligatione — wie Brinz oben sagt.)

Weidling (S. 137)[1]) erklärt den Conditionshandel allerdings für ein suspensiv bedingtes Kaufgeschäft, unter der negativen Bedingung, dass der Kauf unbedingt wird, wenn nicht bis zu einem bestimmten Termin Rückgabe erfolgte; diese speciell auf den Buchhandel bezügliche Entscheidung hindert ihn aber nicht, ganz richtig den Unterschied zwischen dem Trödel und dem Kauf auf Probe zusammenzufassen: hier alternatives Klagerecht, alternative obligatio, aestimatio, bezw. Herausgabe der res, wenn im Eigenthum des Trödlers; (mag sie auch inzwischen verkauft und wieder zu ihm zurückgekehrt sein) — dort einfaches Klagerecht, einfache obligatio, nur Preiszahlung (wenn gebilligt) — niemals Rückgabe der Kaufsache.

Weidling fügt noch ein Viertes hinzu: Auch nach erfolgtem Verkauf, wenn wieder Rückübereignung eintrat oder nach der Erklärung, als Selbstkäufer eintreten zu wollen, kann der Trödler stets die Sache zurückgeben, da ihn der Geber stets nur alternativ verklagen kann, während der Käufer nach Belieben, sobald einmal gebilligt, nur noch den Preis leisten darf.

[1]) S. Goldschmid, Z. f. g. R. XXXIII S. 493.

Nur in einem Punkte muss ich[1]) Weidling widersprechen: mag auch immerhin der Schuldner nach römischem Recht ein ius variandi gehabt haben, nach heutigem Recht kann er nach der einmal abgegebenen Erklärung, als Selbstkäufer eintreten zu wollen, die Sache nicht mehr zurückgeben — der Geber aber kann ihn nicht stets alternativ verklagen, sondern nur solange als er noch nicht gewählt, bezw. dem Schwebezustand kein Ende gemacht hat.

Nach allen diesen schwerwiegenden und überzeugenden Zeugnissen können uns schwerlich Zweifel darüber begegnen, dass der Trödelvertrag definitiv kein Kauf sei

Maassgebend ist der Wille der Parteien; was wollten dieselben? Sie wollten: dass der Eine die Sache des Andern übernehme und ihren Verkauf an Dritte versuche! Dieses war der Hauptzweck des Geschäfts und nur daneben wurde dem Empfänger das Recht eingeräumt, selbst zu kaufen — hierin lag also nichts anderes als eine Kaufofferte.[2]) Dasselbe Recht finden wir auch in dem Eintrittsrecht des Commissionärs wieder — und doch ist es unstatthaft, das Verkaufscommissionsgeschäft mit Eintrittsrecht für bedingten Kauf zu erklären. —

Es bleibt uns endlich noch übrig, den Trödelvertrag mit der societas zu vergleichen.

Die l. 13 pr. D. pr. v. 19, 5 besagt:

[1]) Wie oben ausführlicher bereits besprochen ist.
[2]) Siehe hierüber oben Seite 39 fgd.

„Ulp.: Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut quo pluris vendidisses, tibi haberes — placet neque mandati neque pro socio esse actionem — quia societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit."

Dagegen l. 44 D. pro socio 17. 2 Ulp.: „Si margarita tibi vendenda dedero ut si ea decem. si pluris quod excedit tu haberes: mihi videtur, si animo societatis contrahendae id actum sit. pro socio esse actionem: si minus praescriptis verbis".

Hier scheint sich Ulpian zu widersprechen, da in beiden Fällen unzweifelhaft vom Trödelvertrag die Rede ist: erscheint doch jedesmal der terminus „vendendum dare" und das Recht des Trödlers auf den Mehrerlös!

Brinz will dies dadurch erklären, dass in ersterem Falle von einem pretium die Rede sei, in letzterem dem Geber von dem Erlöse nur eine runde Summe, der Ueberschuss dem Empfänger zufallen solle. Diese Auslegung scheint mir gekünstelt. Im ersten Falle drückt sich Ulpian allgemein aus — er spricht vom certum pretium, sagt aber nicht, wie hoch das pretium gewesen sei — ob etwa decem oder höher oder niedriger: in dem zweiten Falle spricht er sich ausführlicher aus — si ea decem vendidisses redderes mihi decem; ich glaube aber dieses decem ist jedenfalls doch auch sowohl ein certum, wie ein pretium — es ist also in beiden Fällen von einem pretium und von einem certum die Rede, also kann mit Bezug auf das pre-

tium kein innerlicher Unterschied gefunden werden. Ich glaube diese Stellen werden ohne weiteres verständlich, wenn man sie nicht von dem Wesen des Trödelvertrages, sondern von demjenigen der societas ausgehend, zu erfassen sucht: von dieser wollte Ulpian hauptsächlich sprechen; die Frage lautete: ist Jemand in dem oder dem Falle ein Socius oder ist er es nicht? Die Antwort lautet: die societas ist ein Vertrag, der mit dem animus contrahendae societatis geschlossen wird: blosser Zufall kann nie eine Societät herbeiführen. Mehr hat Ulpian schwerlich sagen wollen — das Beispiel des Trödelvertrages war eben nur ein Beispiel; nicht die Natur dieses Vertrages wollte er hier erklären, sondern diejenige der societas, die es bewirkt, dass nach dem animus der Contrahenten ein und dasselbe Geschäft zu einer societas werden kann oder nicht. (S. auch Dernburg, Pand. II § 124 Anm. 4.)

Ich übersetze also wie folgt: eine Societät scheint nicht gewollt zu haben, wer Dich nicht als Socius bei dem Verkauf zugelassen, sondern sich nur einen festen Preis ausbedungen hat, (dieses deutsche „nur" pflegen die Lateiner häufig unübersetzt zu lassen), d. h. wer Dich nicht als Socius anerkannt hat! Ein Vertrag ist zwischen Euch wohl zu Stande gekommen, aber aus dem Thatbestande (videre quid actum sit) erhellt durchaus nicht die Absicht, gerade eine Societät zu schliessen; dass blosse Hingeben der Waare und das sich einen festen Preis bedingen, ist keine Handlung, aus welcher ohne weiteres auf ein Societätsverhältniss geschlossen werden darf.

Anders dagegen in l. 44: mihi videtur, si animo societatis contrahendae id actum sit, pro socio esse actionem! Auch hier würde das blosse Hingeben der res für den festen Preis von decem an und für sich keine societas bedeuten; aber wenn Ihr den Vertrag geschlossen habt mit der nachweisbaren, erkennbaren — stillschweigenden oder ausdrücklichen Absicht (videre quid actum sit) — ein Societätsverhältniss einzugehen, dann seid Ihr auch wirklich Socien geworden. In dem Hingeben der res certo pretio vendenda liegt an und für sich keine societas — aber auch nichts, was der Absicht der Parteien eine solche einzugehen, zuwider laufen sollte.

Damit komme ich schliesslich zu demselben Resultate wie Brinz: Ich gebe rem — Du operam; vereinigen wir Kapital und Arbeit — das giebt ein gutes Geschäft!

Wir haben also damit einen Fall, wo der Trödelvertrag seine Selbstständigkeit verliert und zur wirklichen societas wird.

Ich sagte vorhin, als ich von der aestimatio als eines der nothwendigen Requisite des Vertrages sprach, diese aestimatio habe verschiedene Functionen, welche noch besonders erörtert werden müssten. Chambon hat dies in so umfassender Weise gethan, dass wir ihm hier nur zu folgen brauchen.

Die aestimatoria, sagt Chambon, setzt stets eine vorgängige aestimatio voraus — aber sie ist nicht eine unbedingte Folge der letzteren; die Frage muss vielmehr lauten: wann war die aestimatio so qualificirt, dass sie durch eine besondere Klage Schutz finden musste? Wir finden sie bei vielen Verträgen, die auf das Hingeben einer Sache gehen, zum Zwecke der Modification der Contractsnatur hinzugefügt.[1])

[1]) Chambon unterscheidet folgende Möglichkeiten:

I. Die Restitutionsobjecte werden gleich anfänglich taxirt und die aestimatio giebt den Massstab bei Berechnung des Schadens, den der Verpflichtete zufolge seiner Haftung für culpa, nicht auch für casus, zu ersetzen hat (aest. taxationis causa); Hauptfall bei der dos betreffs der res dotales aestimatae, die nach beendigter Ehe zurückgegeben werden sollen.

II. Erhöhung der Haftung für culpa, z. B. für custodia, nicht für vis maior, ohne Verpflichtung für casus einzustehen; eine Veräusserungsabsicht fehlt.

III. Gefahrsübertragung für Zufall auf den sonst nur für culpa Verpflichteten.

Hauptfälle:

1. l. 54 § 2 D. Locati 19, 2: Servus qui aestimatus colonae adscriptus est, ad periculum colonae pertinebit et ideo aestimationem huius defuncti ab herede colonae praestari oportere; also erst wenn der Sclave gestorben ist, darf die aestimatio gefordert werden — vorher, d. h. so lange er noch lebt, kann nur der Sclave in natura gefordert werden.
2. Beim Commodat: l. 5 § 3 D. commodati 13, 6: Et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.

Dies sei keine blosse taxatio; denn durch diese werde Haftung für casus niemals übertragen; den Commodatar treffe die Verbindlichkeit für culpa und diligentia zu haften, weil in der Regel der Vortheil allein auf seiner Seite sei — das periculum casus sei Folge dieser aestimatio. Ebenso sei die aestimatio auch beim Mandat, Depositum. pignus vorgekommen; übrigens

Drei Fälle sind zu unterscheiden:

a) der Empfänger hat trotz der aestimatio regelmässig die Sache selbst zu restituiren.

b) Nur die aestimatio darf wiedererstattet werden — es sei denn, dass der andern Partei ein besonderes Wahlrecht zustehe.

könne die Gefahrsübernahme für den Zufall auch durch einfaches pactum übernommen werden. Durch die aestimatio sei nun ein Preis festgesetzt worden, der anstatt der Sache geleistet werden sollte, wenn diese untergegangen wäre -- das Verhältniss erschiene als bedingter Kauf; der ursprüngliche Contract werde durch die Abschätzung bis zu dem Untergang der res aestimata nicht modificirt — in diesem Augenblicke aber völlig aufgehoben.

IV. Die aestimatio macht das Geschäft sofort zum Kauf; dies sei der Fall

1. bei der dos venditionis causa aestimata (S. l. 10 D. de iure dot. 23, 3: § 4 secutis igitur nuptiis aestimatio rerum perficitur et fit vera venditio und § 5: aestimatio enim venditio est;
2. wenn der Pächter eines Grundstücks das instrumentum fundi abgeschätzt übernehme: l. 3 D. locati 19, 2: Cum fundus locetur et aestimatum instrumentum colonus accipiat Proculus ait, id agi, ut instrumentum emtum habeat colonus, sicuti fieret, quum quid aestimatum in dotem daretur;
3. so auch beim commodat und wahrscheinlich beim depositum. l. 7 § 5 D. de donat. int. vir. et ux. 24, 1: nec aliud in commodato aestimato dato observari solet, ut Pomponius libro quarto variarum Lectionum scribit. und l. 52 eod. si vir uxori donationis causa rem vilius locaverit, locatio nulla est; cum autem depositum inter eas personas minoris donationis causa aestimatur, depositum est;
4. beim pignus sei die Abschätzung mit der Folge unmittelbaren Verkaufs unwahrscheinlich — weil sonst das von den Römern aufgegebene Verhältniss der fiducia eingetreten wäre.

c) Der Empfänger kann zwischen restitutio der res oder aestimatio wählen; diesem Falle verdankt die aestimatoria ihre Entstehung.

Hier entstände die Schwierigkeit, die Klage zu bestimmen, besonders in unserem Falle: cum res vendenda datur. Hier machte die aestimatio allein den Inhalt des abgeschlossenen Geschäftes aus; von ihr musste der rechtliche Schutz für dasselbe hergenommen werden — welche Klage erschien hierbei angemessen!

Später bei der Untersuchung über die charakteristischen Requisite (S. 52) des Vertrages: ein Trödelvertrag ohne aestimatio, etwa zum bestmöglichsten Verkaufe, ist nicht denkbar; wohl aber könne die Schätzung in das arbitrium eines Dritten gestellt werden.

Endlich unterscheidet Chambon (S. 88): „Wenn eine Sache hingegeben und die aestimatio deshalb vorgenommen wird, um zu bestimmen, wieviel der Empfänger anstatt des empfangenen Objects zu restituiren habe, so hat die Abschätzung nur den einen Zweck, den Preis zu bestimmen, den der Tradent für die Sache verlangt; werde aber eine res aestimata zum Weiterverkauf überliefert, so liegt der aestimatio noch die weitere Absicht zu Grunde, dem Uebernehmer einen Massstab zu geben, für wieviel er die Sache an einen Dritten verkaufen soll". Beide Zwecke der aestimatio sind beim Trödelvertrag untrennbar vereinigt. (Ueber das Verhältniss der aestimatio zum periculum erwähne ich hier nichts, dasselbe soll noch weiter unten ausführlich besprochen werden.)

Soweit Chambon; die verschiedenen Categorien der aestimatio sind von ihm klar gesondert; seine Ansicht betreffs der condicionalis venditio haben wir schon oben, auf Brinz gestützt, abgewiesen — ebenso können wir die Auffassung, als ob beim Trödelvertrage durch die aestimatio dem Trödler ein Massstab gegeben werden soll, für wieviel er die Sache an einen Dritten verkaufen solle, als durchaus irrig zurückweisen; wenn dem Trödler das Recht auf Mehrerlös eingeräumt ist, wenn er, wie wir oben gesehen haben, zu eigenem Recht verkauft — dann kann die aestimatio den Zweck nicht haben, ihm dieses Recht durch Angabe eines Massstabes, wie theuer er verkaufen soll, zu verkümmern. Der Herr ästimirt, damit der Trödler wisse, wieviel er heimbringen muss — wie theuer er verkauft, das ist seine Sache, sagt hierüber richtig Brinz (S. 40).

Chambon führt den Fall an, dass der Eigenthümer ein Interesse daran haben könnte, dass nicht unter einem gewissen Preise verkauft werde[1]) — darin kann er allerdings das Recht des Trödlers beschränken, aber diese Beschränkung entspricht nicht der aestimatio als solcher, sondern sie wäre im Einzelfalle, welcher sicherlich zu den Ausnahmen gehörte, ein pactum adiectum, von den Parteien dem Vertrage beigefügt. Der Trödler kann ohne dieses pactum zunächst ohne alle Rücksicht auf die aestimatio verkaufen; seine Absicht wird normaler Weise auf einen recht hohen

[1]) Beispiel: Das Recht des Verlegers zu bestimmen, der Sortimenter solle nicht unter dem „Ladenpreis“ verkaufen.

Erlös gerichtet sein, aber auch weit unter der aestimatio zu verkaufen, wäre unter Umständen nicht sinnlos — er müsste dann allerdings die Differenz aus seiner Tasche zulegen; vielleicht bezweckt er (wenn ihm Credit gegeben ist) das Geld für sich zu benutzen und betrachtet die Differenz, die er zahlt, gleichsam wie einen Zins; vielleicht will er durch billige Preise Kundschaft gewinnen — gleichviel, die aestimatio an sich ist nicht geeignet, ihm dieses Recht nach oben oder nach unten hin zu kürzen.

Hiervon abgesehen hat Chambon unsere Lehre mit Bezug auf die aestimatio wesentlich aufgeklärt — im Gegensatz zu Wendt (1884), dessen Auffassungen hiervon vielfach abweichen.

Wendt will das Wesen und die unterscheidenden Eigenthümlichkeiten des Trödelvertrages nicht in der aestimatio suchen, die zwar etwas Häufiges, vielleicht Gewöhnliches, mit Nichten aber das Begriffliche und Essentielle desselben sei; er stützt sich dabei auf Brinz und bedauert, dass dessen Nachweis hierüber unbeachtet geblieben sei. Ich muss dagegen behaupten, dass Brinz nichts dergleichen gesagt hat; Brinz hat wohl mit Bezug auf das periculum richtig nachgewiesen, dass die aestimatio als solche kein solches bewirke — dass sie Wirkung, nicht Ursache sei — aber im Uebrigen hält Brinz die aestimatio für etwas unserem Contracte durchaus wesentliches. So sagt Brinz bei der Textkritik (S. 42); „wenn wir nun aus dem ersteren Stücke ‚aestimatoriam' streichen — so wird gerade das kritische Wort vertilgt", und noch deutlicher (S. 40): „wie theuer

er verkaufe, das ist seine Sache — das Recht auf Mehrerlös, unserm Contracte wesentlich, wäre sonst undenkbar! Da wir aber, wie schon nachgewiesen, ohne aestimatio nie zu einem Recht auf Mehrerlös gelangen konnten — so ist auch die aestimatio unserm Contracte wesentlich. Also Brinz darf als Gewährsmann für die Wendt'sche Ansicht über die Nebensächlichkeit der aestimatio nicht gelten.

Wendt will den Kern der Untersuchung also nicht auf die aestimatio richten, welche, von der Willkür der Parteien hinzugefügt, je nach deren Absicht bestimmte Rechtsfolgen haben könne: das Wesen der aestimatio sei beim vendendum dare kein anderes als in sonstigen Fällen. Sein Argument, dass die aestimatio auch in sonstigen zahlreichen Fällen wiederkehre und darum für diesen Vertrag unwesentlich sein müsse, glaube ich schon oben genügend widerlegt zu haben; im Uebrigen glaube ich Wendt's Irrthum liegt darin, dass er die Bedeutung der aestimatio als eines wesentlichen Bestandtheiles des Trödelvertrages nicht genügend würdigt, sondern nur von der Bedeutung der Wirkung spricht, welche dieselbe in diesem Vertrage herbeizuführen geeignet ist; darin kann man Wendt wohl beipflichten — für den Einzelfall kann die Wirkung der aestimatio recht wohl von der Willkür der Parteien abhängen; denn es kann im Trödelvertrage aestimationes mit stärkerer oder geringerer Wirkung geben, was allerdings quaestio facti wäre — wogegen ich im Uebrigen betonen muss, dass die aestimatio, mag sie immerhin in anderen Fällen die Eigenthümlichkeit von Verträgen

kaum beeinflussen und nebensächlich sein — beim vendendum dare durchaus unentbehrlich ist.

Wendt giebt selber zu, dass beim vendendum dare die Veranlassung zur aestimatio des Objects viel näher lag, als in sonstigen Fällen; es sollten damit die „Erwartungen des Gebers in Ansehung des gehofften zu erzielenden Preises bestimmt ausgedrückt und zugleich eine Bedingung des vendendum dare gesetzt werden; „der Verkauf soll nicht anders als innerhalb einer Minimalgrenze des Preises zur Ausführung gebracht werden". Wendt will darum nicht von der aestimatio, sondern von dem vendendum dare aus einsetzen und daraus dann nachweisen, dass die Folgen beim Trödelvertrag keine anderen seien als sonst; denn welcher Art diese Folgen seien, sei Frage der Willensauslegung der Parteien — facti interpretatio; diese Verwendungsabsichten könnten verschiedenartig sein etc.

Wendt spricht oben von den Erwartungen des Gebers und von der Minimalgrenze des Preises und damit drückt er das ganze Verhältniss zum Mandat herab. Nicht um blosse Erwartungen über Höhe des Preises, nicht um eine Minimalgrenze handelt es sich, sondern um scharfe Begrenzung der entstandenen Obligation; denn ich denke die aestimatio ist in obligatione, wenn auch nur alternativ; ebenso wenig wie ein Kaufpreis nur eine blosse Erwartung des Gebers ausdrücken kann, ebenso wenig kann es die aestimatio beim vendendum dare! Wäre dies der Fall, dann wäre, wie erwähnt, das Verhältniss Mandat und der Trödler

allenfalls, wie schon oben ausgeführt, ein delcredere stehender Commissionär.

Dass die aestimatio verschiedenen Zwecken dienen kann, ist, wie gesagt, noch lange kein Beweis ihrer Nebensächlichkeit — nicht auf die Zwecke kommt es an, denen sie eventuell dienen soll, sondern darauf, dass sie überhaupt vorhanden sein muss.

Weiter verweist Wendt richtig den Vertrag in die Reihe der unbenannten Realverträge — wegen „Sachhingabe zu irgend welchem Zweck"; er versucht äusserlich die Harmonie solcher Verträge durch die Ausdrücke custodiendum dare, utendum dare, pignori dare u. s. w. herzustellen — ausserdem betont er die gemeinschaftliche Möglichkeit der actio contraria! Wie und in welcher Weise man bei der actio praescriptis verbis aestimatoria — einem zweiseitigen Vertrage, in welchem doch unzweifelhaft beide Contrahenten durch die actio directa (aestimatoria) geschützt sind — noch einer actio contraria bedürfen sollte, ist schwer verständlich; hat doch, wie auch Wächter bemerkt, jeder Theil nach dem Wesen des Vertrages Vortheile aus demselben — ich glaube daher diese gemeinschaftliche Möglichkeit der actio contraria bezweifeln zu müssen.

Ebenso beharrt Wendt dabei, überall die aestimatio als pactum adiectum zu erklären — dieses überall ist aber gerade zu bestreiten. Die Aestimationsabsicht bezeichnet er im Einzelnen richtig:

„1. Der Werth der anvertrauten Sache solle durch sie zur Vermeidung späteren Streites in beiderseitigem

Einverständniss ermittelt werden, zur Vermeidung eines event. arbitrium litis aestimandae.

2. Es könne sich um eine Versicherungsabsicht handeln; wenn Windscheid meine, der Empfänger solle unter allen Umständen frei sein, wenn er den Preis zurückbringt, so sei vielmehr der Kern, er solle nicht frei sein, wenn er nicht Sache oder Preis zurückbringt — die Richtung dieser aestimatio sei nicht, den Preis geben dürfen, sondern ihn geben müssen."

Hieran ist durchaus nichts auszusetzen — so lange es sich um die aestimatio im Allgemeinen und nicht gerade um diejenige des Trödelvertrages handelt. Nach den Ansichten, welche wir von der Natur dieses Vertrages gewonnen haben, werden wir auch die ihm eigene aestimatio beurtheilen müssen; wir kommen dann auf folgende Functionen:

a) die aestimatio ist kein willkürlich dem Vertrage hinzugefügter Bestandtheil, sondern ein nothwendiges Requisit; dies haben wir bereits oben nachgewiesen; mit ihr steht und fällt der Trödelvertrag als eigener Vertrag;

b) sie soll dem Empfänger den Umfang seiner Obligation angeben, damit er wisse was er heimbringen — nicht wie theuer er verkaufen — müsse, um sich, wenn er nicht Sachrestitution wählt, zu liberiren;

c) sie soll, wenn ihm, ehe er sich entschieden oder nachdem er sich zwar entschieden, aber die Sache noch nicht wirklich restituirt hat, durch Untergang der Sache unter gewissen Umstän-

den (als culpa, casus etc., deren Umfang und Voraussetzung später besonders zu untersuchen sein werden) die Restitution unmöglich geworden sein sollte, jeden Streit über die Höhe des Anspruchs und ein event. arbitrium litis aestimandae vermeiden;

d) sie kann auch anderen von den Parteien gewollten Nebenzwecken dienen, so auch Versicherungszwecken, wenn der Empfänger im einzelnen Falle eine nicht aus der Natur des Vertrages selbst hervorgehende, besondere Haftbarkeit übernehmen soll. Es sind dies regelmässig Zwecke, welche sich auch durch pactum adiectum herbeiführen liessen.

Diese Functionen der aestimatio sind so verschiedenartig, dass sich mir der Gedanke aufdrängte, es müssten in einem und demselben Geschäft mehrere Aestimationen möglich sein; warum sollte beispielsweise ein Maler ein Gemälde nicht mit der Bedingung vendendum dare, dass der Empfänger nur eine aestimatio von 100 heimzubringen habe, wenn er weiter verkaufe, dass er aber 200 zahlen müsse, wenn das Gemälde durch seine grobe Fahrlässigkeit vernichtet werde: das wäre auch ein pactum adiectum — etwa in dem Sinne einer Conventionalstrafe — von der Willkür der Parteien hinzugefügt. (Dass beim commodat in der aestimatio unter Umständen eine Conventionalstrafe liegen könne, bezweifle ich nicht; ich leihe dir die Sache ihr gemeiner Sachwerth ist nur 100 —, sollte sie durch deine Schuld zu Grunde gehen, dann sollst du

200 zahlen!) Ebenso könnte man folgende zwei aestimationes vereinbaren: 100 ist die aestimatio, wenn du dich zur Zahlung entschliessest — aber nur 75, wenn du in die unangenehme Lage kommst, nicht restituiren zu können und mir nach Umständen des Falles haftbar bist; du hast dann den Schaden, und diesen will ich dir erleichtern, indem ich auf 25 — etwa meinen Nutzen — verzichte.

Dass sich dieses Verhältniss in der Praxis wirklich vorfindet, beweist mir die Uebereinkunft der Buchhändler vom 2. Mai 1847 (s. bei Wächter), in welcher es heisst: „Die dem Verleger zu leistende Entschädigung ist auf $^2/_3$ des Nettopreises der zu Grunde gegangenen Artikel bestimmt"! Da hätten wir also wirklich zwei Aestimationen, die eine, damit der Empfänger wisse, wieviel er heimbringen müsse, um seine Obligation zu lösen, also = 100 —, die andere, im Falle die Sache in einer ihm nicht zuzurechnenden Weise zu Grunde ginge — also = $66^2/_3$; in letzterer steckt Wendt's „Versicherungsabsicht".

Ich glaube also hinlänglich bewiesen zu haben, dass Wendt sich irrt, wenn er die allgemeinen Functionen, welche die aestimatio bei anderen Verträgen (bei denen sie allerdings nur ein pactum adiectum zu bedeuten braucht) zu haben pflegt und nur diese bei dem Trödelvertrage gelten lassen will; vielmehr hat die aestimatio hier noch eine speciellere, von dem Vertrage untrennbare Bestimmung; die Wirkungen dieser aestimatio mögen immerhin verschiedene und von der Willkür der Parteien abhängig sein — ihr

Dasein dagegen nicht. Dieses leugnen hiesse die unerlässliche Voraussetzung der Existenz des Vertrages selbst vernichten.

Die Frage, ob der Empfänger der res vendenda Eigenthümer dieser res werde, ist in vielen Beziehungen höchst wichtig, so insbesondere beim Concurse des Trödlers — wo es darauf ankommt, ob der Eigenthümer die res noch vindiciren kann, oder ob er lediglich wegen der Aestimationssumme in die Masse gehen muss; ferner auch in kriminalrechtlicher Hinsicht — wenn es auf die Entscheidung ankommt, ob Empfänger etwa eine Unterschlagung der res begangen habe oder nicht; auch besteht ein gewisser Zusammenhang zwischen Eigenthums- und Gefahrs-Uebergang.

Die Frage des Eigenthums-Ueberganges ist nun von Vielen bejaht worden; die herrschende Meinung hat sich jedoch dagegen entschieden und es schien als ob die Discussion hierüber zur Ruhe gekommen wäre; dennoch haben Neuere wiederum das Gegentheil behauptet, so auch Wendt:

„Der aestimirt empfangene Gegenstand steht ganz auf Gefahr des Empfängers und muss als sein Eigenthum betrachtet werden".

Es ist, wie gesagt, nicht zu leugnen, dass zwischen Eigenthums- und Gefahrs-Uebergang ein gewisser Zusammenhang besteht; wenn auch der Satz „casum sentit dominus" nicht als allgemein gültige Rechtsregel be-

trachtet werden kann, trifft er doch vielfach zu; bei unserem Vertrage wäre er in allen den Fällen jedenfalls unanwendbar, wo lediglich aus äusseren Gründen, auf Wunsch des Tradenten, zur Erleichterung der Negociation (wie dies auch beim reinen Mandat vorzukommen pflegt) das Eigenthum übertragen wird; dieser Eigenthums-Uebergang kann dann schwerlich von irgend welchem Einfluss auf den Gefahrsübergang sein; es ist vielmehr jedesmal zu fragen: ist das Eigenthum in diesem Vertrage aus inneren Gründen übergegangen? Dann würde hieraus ohne Weiteres auch Gefahrs-Uebergang zu folgern sein; es ist aber andererseits noch diese Frage aufzuwerfen: wenn Eigenthum nicht übergeht, muss da wegen der eigenthümlichen Natur des Vertrages die Gefahr nicht dennoch auf den Empfänger der res übergehen?

Wir werden am besten die Frage des Eigenthums- von derjenigen des Gefahrs-Ueberganges getrennt untersuchen; müssten wir den ersteren bejahen, dann hätten wir damit gleichzeitig Voraussetzungen für den letzteren gefunden.

Es sind nun wegen des Eigenthums-Ueberganges folgende Fragen möglich:

1. Kann das Eigenthum überhaupt übergehen oder wäre dies etwas der Natur des Vertrages Zuwiderlaufendes?
2. Wenn das Eigenthum übergehen kann, — muss es in allen Fällen übergehen? wenn nur im einzelnen — entscheiden dann specielle oder allgemeine Rechtsregeln? Die erstere Frage hat

Leist eingehend erörtert (Mancipation und Eigenthumstradition 1865). Er formulirt sie verallgemeinernd wie folgt: Kann bei obligatorischen Verhältnissen, deren Wesen an sich blosse Sachtradition voraussetzt, der besondere Parteiwille unbeschränkt feststellen, dass Eigenthums-Uebergang mit Rück-Uebertragungspflicht stattfinden soll? Kann man so deponiren, dass der Depositar, so commodiren, dass der Commodatar — so praecario geben, dass der Praecarist sogleich zum Eigenthümer der Sache gemacht wird? Kann man den Pfandgläubiger zum Eigenthümer machen, so dass er im Fall der richtigen Schuldzahlung das Eigenthum zurückzuleisten verpflichtet ist? kann man so vermiethen oder ein Mandat so vornehmen?

Die Parteien wollen es zunächst nicht, aber können sie dies wollen? Wenn nur der animus transf. et acc. dom. hierzu gehört, dann muss dies bejaht werden.

Leist verneint dies; nur bei Fungibilien lässt er den Eigenthums-Uebergang zu — weil die Parteien, wenn sie Rückgabe von ebenso viel verabreden, etwas anderes als ein in creditum ire gar nicht wollen können: abgesehen hiervon leugnet er die Möglichkeit für unser praktisches Recht. Bei den Römern erkennt er sie bei der Mancipation und fiducia der Remancipation an; hierbei sei aber die Mancipation als Formalact verwendet und bewirke selbständig den Eigenthumsübergang.

Leist geht aber nun noch weiter und spitzt die Frage wie folgt zu: „Die Frage ist nicht, ob man

nicht selbst Eigenthum übertragen und doch in Betreff der übertragenen Sache das materielle Verhältniss des pignus oder depositum intendiren könne — sondern ob, wenn eine andere Eigenthums-Uebertragungsform nicht vorliegt, man lediglich auf Grundlage des pignus, depositum u. s. w. eine Eigenthums-Uebertragung der als idem zu restituirenden Sache wollen könne; hier führt er zum Beweise die l. 45 pr. de R. I. 50, 17 an: neque pignus neque depositum, neque praecarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest.

Kann man, so folgert er daraus, also nicht Depositar etc. seiner eigenen Sache sein, so kann man hierdurch auch nicht Eigenthümer werden; depositum sei trotz ausdrücklichen Willens der Parteien nicht iusta causa der Eigenthumstradition: „Ihr Wollen — entweder des Depositums oder des Eigenthums ist inhaltlos und nichtig".

Diese Frage scheint fein — sie ist aber vielleicht zu fein; wenigstens bekennt Bekker (Kritische Vierteljahrsschrift S. 254), dass er Leist nicht ganz verstanden habe; denn eines können die Parteien doch nur wollen, entweder ein durchweg normales Depositum etc. oder ein von der gewöhnlichen Regel abweichendes; wollen die Parteien das strict normale pignus oder depositum, so wollen sie es auch mit Rückbehalt des Eigenthums und können es also gar nicht mit einer Eigenthums-Uebertragung zugleich wollen; denn der Wille bei einem Act, das Eigenthum zu übertragen und zu behalten, existire für den Juristen nicht.

Gegen die angeführte l. 45 wendet Bekker richtig

ein, dass z. B. ein Eigenthümer recht wohl vom Pfandgläubiger seine Sache praecario bekommen könne — ebenso wie auch die emptio rei suae unter Umständen gälte; warum sollten nicht auch depositum, Commodat locatio an den Eigenthümer in ähnlichen vernünftigen Anwendungen zulässig sein?

Leist sagt also nur etwas ganz Selbstverständliches, wenn er constatirt, dass der Parteiwille, welcher das Depositum und dergl. feststellt, mit sich selbst in Widerspruch treten würde, wenn er zugleich bestimmen wollte, hierdurch solle der Sachempfänger Eigenthümer werden.

So bemerkt auch Exner, „wenn Jemand seine Sache deponire, und dabei erkläre, dass der Empfänger Eigenthümer werden solle, so könne der Widerspruch, welcher zwischen dieser Erklärung und dem Begriff des Depositums vorliege, Zweifel erwecken, nicht über die Möglichkeit, sondern über die Wirklichkeit dieses Willens; der Traditionswille an sich sei immer factisch möglich, nur ob er wirklich vorliege, könne zweifelhaft sein".[1])

Also nur diese Frage haben wir zu erörtern: — kann man das materielle Verhältniss des Depositum,

[1]) Man könnte sich vielleicht einen Fall denken, wo Jemand nur deponiren will — und wo er statt dessen so handelt, dass Eigenthum übergeht; da besteht jedoch ein Widerspruch zwischen seinem Wollen und seiner Erklärung; ich denke etwa an den Fall jenes Mädchens, welches, um ein Goldstück mit dem Bildnisse des Kaisers Friedrich sicherer aufzubewahren — dasselbe auf die Sparkasse trug! sie wollte ein reines Depositum, ihr Handeln führte aber den Eigenthumsübergang herbei, den sie gerade nicht wollte.

pignus etc. beabsichtigen, und doch Eigenthum übertragen (oder auf unser Thema angewandt: kann man einen Trödelvertrag so schliessen, dass man die res vendenda zum Eigenthum überträgt)?

Leist selber bejaht diese Frage in zwei Fällen, nämlich in dem der mancipatio und bei vertretbaren Sachen und giebt damit schon zu, dass Eigenthums-Uebergang und Depositum, pignus etc. miteinander nicht unvereinbar sind; beim Mandat haben dies die Quellen übrigens ausdrücklich bejaht; fr. 30 mandati (Julian): Si hominem tibi dedero ut eum manumitteres — an mandati agere possim.

Leist meint, „die mancipatio werde nur als Formalact verwendet und bewirke selbständig den Eigenthums-Uebergang"; es gab eben damals kein anderes Mittel der Uebertragung des Eigenthums bei res mancipi; wollte ich also einen Mandatar beauftragen, mein vierfüssiges Lastvieh zu verkaufen, so musste ich ihn nothwendigerweise zum Eigenthümer desselben durch mancipatio machen; denn sonst wäre er garnicht in der Lage gewesen, quiritarisches Eigenthum an Dritte zu übertragen. Ebenso bestand kein entwickeltes Pfandrecht — man musste Eigenthum durch mancipatio übertragen — mit fiducia — um einen pfandrechtähnlichen Effect zu erzielen. Sicherlich wird auch in jenen Zeiten der Fall vorgekommen sein, dass man Jemandem eine res mancipi vend. gegeben haben mag — da konnte man also seinen Zweck gar nicht anders erreichen, als indem man zunächst dem Trödler solcherlei Eigenthum übertrug, als Ersatz der später für den

Eigenthums-Uebergang durch blosse traditio genügenden und, wie wir bereits gesehen haben, allemal in dem Geschäfte steckenden Vollmacht.

Wir haben aber in unserem modernen Recht noch eine Reihe von ähnlichen Formalacten: – wo wir uns dieser bedienen können, werden wir sicherlich auch heute noch Eigenthum übertragen und doch nur Mandat, Depositum, pignus u. s. w. bezwecken können. Man denke an die Auflassung, welche noch täglich an sogenannte Trustees vollzogen wird, damit diese Dritten gegenüber — nach aussen hin — als Eigenthümer auftreten können, während nach innen das Verhältniss nur als Mandat gedacht ist: ebenso pflegt die Verpfändung von Hypotheken fast nie anders zu geschehen, als durch wirkliche Abtretung der Forderung an den Pfandgläubiger mit einem pactum fiduciae — denn so werden wir den Revers, welchen der Gläubiger dabei auszustellen pflegt, „dass die Abtretung nur zu Pfandzwecken erfolgt sei“ – wohl recht gut auch heute noch nennen können. Man denke ferner an den Wechsel, welcher an Incassomandatare indossirt, also deren Eigenthum wird und zahlreiche an ähnliche Fälle des modernen Rechts.

Wenden wir uns nun speciell dem Trödelvertrage zu, so werden wir in allen Fällen, in denen wir uns dieser Formalacte bedienen können, recht wohl den Eigenthums-Uebergang erklären können, wenn uns dies wünschenswerth erscheint. Ich sagte in der Einleitung, dass Immobilien ebenso wie Forderungen aller Art Objecte dieses Vertrages sein können. Ich könnte — und

solche Geschäfte gehören besonders in den grossen Städten keineswegs zu den Seltenheiten — mein Grundstück an einen Trustee [1]) auflassen, ihm eine aestimatio für den Verkauf geben und ihm anheimstellen, mir die res zurückzugeben oder die aestimatio zu zahlen. Ebenso könnte ich Hypotheken, Wechsel etc. recht wohl „vertrödeln“ lassen.

Ganz dasselbe ist, wie auch Leist zugesteht, bei fungiblen Sachen der Fall; Leist meint nun: wenn der herumziehende Trödler fungible Waaren derselben Art von verschiedenen Geschäftsherren in dasselbe Behältniss aufnähme, dann müsse infolge des Wesens der fungiblen Sache sogleich Eigenthum auf ihn übergehen; die Vereinigung solcher Waaren — die übrigens in unserer Vorstellung nicht ein herumziehender Trödler in seinem Behälter, sondern ein Grosskaufmann auf seinen ausgedehnten Lagerräumen, in Schiffen, auf dem Transporte u. s. w. vornehmen könnte — kann natürlich nur eine confusio oder commixtio bedeuten; daraus allein würde sich kein Eigenthum für den Trödler ergeben, sondern nur Miteigenthum für die Eigenthümer der vermischten, vermengten, zusammengegossenen Stoffe. Ja sogar, wenn der Trödler solche Stoffmengen mit seinem eigenen Eigenthum vermischen wollte, so würde er auch dadurch noch nicht Eigenthümer des ganzen, sondern es träte Miteigenthum zwischen ihm

[1]) Anwendungsfall häufig bei ausländischen Gesellschaften, welche ohne königliche Genehmigung Grundeigenthum in Preussen nicht erwerben können und dasselbe daher auf den Namen von Vertrauensmännern stellen.

und den Geschäftsherren ein; das Eigenthum geht vielmehr allein deshalb über, weil, wie Leist auch bemerkt, der Trödelvertrag hier das Moment des in creditum ire in sich aufnimmt, und davon materiell beherrscht wird; man kann eben gar nicht abmachen. dass ein Quantum eiusdem generis redderetur, ohne dass man zunächst damit Eigenthums-Uebergang und Creditirung des Preises für das Uebergebene wollen sollte; wenn ich also Jemandem Fungibilien zum Vertrödeln übergebe, so mache ich ihn zum Eigenthümer derselben und seine obligatio besteht darin, dass er mir den creditirten Gegenwerth, sei es in baar oder in einem gleichen Quantum derselben Art und Güte, zu prästiren hat.

Leist möchte dieses Geschäft als einen irregulären Trödelvertrag bezeichnen, man wird aber hier wohl sagen müssen: entweder dieser Vertrag ist überhaupt kein Trödelvertrag mehr — oder er ist ein solcher mit Eigenthumsübergang: letzteres ist hier der Fall und wir haben hier wiederum einen Complex von Trödelverträgen, bei denen der Eigenthums-Uebergang nicht zu bezweifeln ist.

Hier wäre nun bereits der Schluss gerechtfertigt, dass, wenn sich bei Formalacten und bei Fungibilien Eigenthums-Uebergang und Trödelvertrag mit einander vertragen, auch sicherlich kein innerer Grund vorliegen kann, warum dies nicht auch bei allen Trödelverträgen sollte zugestanden werden können.

Aber Leist prüft hier die Frage des Eigenthums-Ueberganges nicht per se, sondern er will, je nachdem

der Trödler die aestimatio oder die Sachrückleistung wählt, sich entscheiden. In dieser Entscheidung liegt die Schwierigkeit indessen nicht; denn wir haben schon oben gesehen, dass, wenn der Trödler die Aestimationsleistung wählt, das Geschäft in seinen Wirkungen materiell dem Kaufe — wenn er Sachrückleistung wählt dem Mandat oder Depositum gleichkommt. Die Schwierigkeit ist vielmehr die: kann während der Schwebezeit Trödler Eigenthümer sein! Diese Frage beantwortet Leist nicht; er sagt ganz richtig, dass im ersten Falle der Vertrag das Element des Verkaufs enthalte und von dessen Consequenzen in Betreff des Uebergangs beherrscht werde, während im zweiten Falle nur das Element der äusserlichen Sachanvertrauung vorliege. Wenn, so fährt er fort, die Parteien hier, also nachdem der Trödler die Sachrückleistung gewählt hat und von dem ganzen Vertrag nichts als das Element äusserer Sachanvertrauung übrig geblieben ist, überhaupt in erster Linie den Trödelvertrag wollen, und sie ausdrücklich bestimmt haben, dass idem reddetur, so kann auch lediglich wie in fr. 31 locati entschieden werden, rem domini manere, und wenn sie auch noch soviel neben jenem zunächst Gewollten den an. transf. et acc. dom. sagten und erklärten. Letztere Erklärung wäre doch immer eine protestatio facto contraria und eben wegen jenes anderen entschieden und vorzugsweise Gewollten inhaltlos und nichtig.

Auch hier muss ich gestehen, dass ich Leist nicht recht verstehe; die Parteien haben ausdrücklich

bestimmt, dass idem reddetur? — wenn sie dies bestimmt haben, so hat der Trödelvertrag als solcher sein Ende! Der Trödler rückt materiell in die Stelle eines Depositars oder Mandatars — und wie sollten da die Parteien neben der Bestimmung, dass idem reddetur noch diejenige treffen, dass Eigenthum übergehe? Das wäre allerdings eine protestatio facto contraria, wenn Trödler sagt, ich will rem restituere und beide Parteien hier noch den an. transf. et acc. dom. haben sollten. Hier scheint mir Leist wiederum etwas bewiesen zu haben, was so selbstverständlich ist, dass es keines Beweises bedarf; oder aber die Frage ist falsch gestellt.

Nicht nachdem Trödler sich entschieden hat, sondern ehe er sich entschieden hat, also in der Schwebezeit muss gefragt werden: können die Parteien, indem sie einen Trödelvertrag abschliessen, gleichzeitig den animus transf. et acc. dom. haben? liegt hierin eine protestatio facto contraria? Die Wirkungen, welche das Geschäft dann etwa später haben kann sind in jenem Augenblicke noch nicht zu erörtern: es ist ein bestimmter Zustand geschaffen, eine Sache übergeben, damit sie verkauft werde — gleichzeitig eine Geschäftsofferte an den Empfänger damit verbunden, welche diesem anheim giebt, die res selbst zu kaufen. Alles dieses, und zwar mit Eigenthums-Uebertragung, geschah auch ohne inneren Widerspruch bei Formalacten, ebenso bei Hingabe von Fungibilien für genau dieselben Zwecke ohne jedes Bedenken und warum sollte nun, in einem innerlich gleichen Geschäfte, nur weil der Formalact der mancipatio etc. durch die form-

lose traditio, gepaart mit dem animus transf. et acc. dom., ersetzt ist, eine protestatio facto contraria darin zu finden sein? warum sollte denn gerade in diesem Falle der specielle Zweck des Hingebens zum Vertrödeln in dem gewollten maius — Hingabe zum Eigenthum — absorbirt werden? wurde doch dieser Zweck bei der mancipatio jedenfalls nicht absorbirt! Warum soll nicht vielmehr, wie Brinz richtig sagt, der Trödelvertrag dadurch nur entschiedener gemacht werden?

Hierauf antwortet nun Leist deutlich — und hier können wir ihm wieder ohne Weiteres in seiner Beweisführung folgen: weil die Voraussetzung eine falsche ist, dass unter allen Umständen der gefasste und etwa ausdrücklich erklärte an. transf. e. a. d. einen Eigenthums-Uebergang bewirken könne!

Allerdings wird diese Beweisführung mit einem Vorbehalte aufgenommen werden müssen; sind denn — so wird man fragen müssen — diese Voraussetzungen, wenn sie bei den Römern begründet waren, noch bei uns zutreffend, oder hat unser modernes Recht die engbegrenzten römischen Contractsbegriffe nicht vielmehr längst durchbrochen?

Doch folgen wir zunächst Leist, welcher die von Brinz übergangene Stelle fr. 5 § 18 de trib. act. 14, 4 anführt; dass Brinz dieselbe ohne Weiteres als auf den Trödelvertrag anwendbar gelten lassen muss, ist klar, da er einmal das vendendum dare für einen terminus erklärt hat; die Stelle lautet:

Sed si dedi mercem meam vendendam et exstat, videamus ne iniquum sit, in tributum nec vocari? et

si quidem in creditum ei abiit, tributio locum habebit; enim vero si non abiit, quia res venditae non alias desinunt esse meae quamvis vendidero (wofür tradidero zu vermuthen) nisi aere soluto vel fideiussore datovel alias satisfacto dicendum est. vindicare me posse.

Leist will dieses in creditum ei abiit gestützt auf l. 2 § 1 de reb. cred. 12, 1 nur für Fungibilien gelten lassen, aber credere hat, wie Bekker einwendet und durch l. 2 § 3 eod. beweist, neben dieser engeren auch noch eine weitere Bedeutung.

In jedem Falle unterscheidet die Stelle, ob ein in creditum ire stattgefunden habe oder nicht, ob Eigenthum übergegangen sei oder nicht: nach der von den Römern beim Trödelvertrage ins Auge gefassten Analogie des Kaufs muss also die aestimatio gezahlt oder creditirt sein, damit Eigenthum übergehen könne.

Hieraus folgert nun Leist also:

> „Damit ist zugleich negativ die bestimmte Antwort gegeben, dass, wenn es sich gar nicht um die Aestimationsleistung, sondern um Rückgabe der existirenden nicht in creditum übergegangenen Sache handelt, von einem Eigenthums-Uebergang beim Trödelvertrag gar nicht die Rede sein kann."

Diese Schlussfolgerung kann nicht zugegeben werden; denn beim Trödelvertrag handelt es sich niemals um die Rückgabe der res, sondern nur um deren eventuelle Rückgabe; Leist will hier wieder aus einer

der event. Wirkungen des Geschäfts definitive Schlüsse auf die Natur des ganzen Vertrages ziehen.

Leist — wie Chambon — scheint hier die Wirkung des Vertrages mit dem Vertrage selbst zu verwechseln: nicht um den Charakter, welchen der Vertrag event. anzunehmen geeignet ist (hier Moment der äusseren Sachanvertrauung), sondern um das Wesen des Vertrages zur Zeit des Vertragsabschlusses mit allen, wenn auch nur event. gewollten Folgen, handelt es sich: in jenem Augenblicke war der Contract perfect — also was bedeutete er damals?

Wäre nur restitutio der res ausgemacht — wobei dann von einem vendendum dare natürlich nicht mehr die Rede sein könnte — dann allerdings kann an Eigenthums-Uebergang schwerlich gedacht werden; — das Hin- und Hergeben zum Eigenthum wäre für den in Rede stehenden Zweck sinnlos; anders bei Einräumung der Wahlbefugniss: hier hofft der Tradent mindestens, dass er die Sache nicht zurückbekommen werde, — er erstrebt deren Verkauf und bedient sich dazu des Trödelvertrages als Mittel. Dem widerspricht nicht, wenn er Eigenthum überträgt: für den Trödler ist dann die solutio der Obligation durch Zahlung der aestimatio oder durch Rückübertragung des Eigenthums möglich; d. h. während er beim Kauf nur eine Möglichkeit der Erfüllung hat — Zahlung des Kaufpreises — hat er hier deren zwei.

Ich ziehe aus der obigen Stelle daher einen ganz anderen Schluss; wenn, unter der Voraussetzung, dass

beim Trödelvertrage Credit gegeben ist — das Eigenthum an der res bei diesem Vertrage übergehen kann, wie doch die Stelle aufs Bestimmteste bezeugt — so ist dies ein Beweis, dass sich Eigenthums-Uebergang und Trödelvertrag vereinigt vorfinden können, ohne dass hierin ein innerer Widerspruch läge. Dieses können sollte ja nur bewiesen werden: ich glaube, es ist damit bewiesen.

Deutlich sagt Leist, dass der Eigenthums-Uebertragungswille ein in sich factisch widerspruchsloser sein müsse — es dürfe nicht der Wille der Parteien sein, dass sie lediglich ein Geschäft einzugehen beabsichtigten, dessen Wesen in äusserer Sachübergabe besteht — Depositum, Commodat, Sachvermiethung und. fügt er dann noch hinzu — Trödelvertrag unter der Voraussetzung, dass idem redderetur! Hierin liegt eben Leist's Irrthum — ein Trödelvertrag unter dieser Voraussetzung wäre eben keiner mehr: denn der Augenblick des Vertragsschlusses ist massgebend und in diesem die Restitution voraussetzen. hiesse, wie gesagt, den Vertrag negiren.

Wir haben nun zwar constatirt, dass beim Trödelvertrage ein in concreto factisch möglicher Wille, Eigenthum zu übertragen, anerkannt werden müsse — anders aber steht die Frage, ob das Gesetz diesen Willen sanctionirt? Was psychologisch möglich ist, braucht nicht nothwendig die Anerkennung des Rechts zu erlangen. (Karlowa: Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung S. 208.) Die schwierige Lehre von der iusta causa traditionis zu erörtern, ist hier nicht am Platze,

nur soviel mag erwähnt werden, dass das römische Recht weder beim Depositum, noch beim Commodat (also auch wohl nicht beim Trödelvertrag) den Uebereignungswillen sanctionirt hat. Alle diese Verträge liessen jedoch in Verbindung mit der fiducia die Eigenthums-Uebertragung durch mancipatio recht wohl zu.

Karlowa (S. 207 f.) meint zwar, man dürfe sich auf die fiducia nicht berufen; denn es sei die Form der mancipatio, welche dem an. transf. et ac. dom. zur rechtlichen Anerkennung verholfen hätte; man sollte aber meinen, die causa fiduciae — wenn auch nicht die der specifisch alten fiducia — bestände ewig fort; nicht das Depositum, nicht das Commodat, nicht der Trödelvertrag können iusta causa traditionis sein, wohl aber das sie im Falle des mit ihnen verbundenen Eigenthums-Uebertragungswillens beherrschende Element der fiducia!

Der Grund des Geschäfts an sich kann hierauf allerdings nicht hinweisen — man würde also fehl gehen, wenn man einen blossen Trödelvertrag, ohne dass die Absicht, Eigenthum zu übertragen, besonders erklärt wäre, als eine iusta causa traditionis anerkennen wollte. Ist aber beim Trödelvertrag die Absicht, Eigenthum zu übertragen, unzweideutig erklärt und fragt man dann nach der iusta causa, so wäre „ex causa fiduciae“ eine genügende Antwort.

So sagt auch Dernburg (Pand. S. 213): Der Uebereignungswille der Tradenten muss sich auf einen Grund causa — stützen; denn wer sein Vermögen durch Rechtsacte vermindert, muss vernünftiger Weise

ein Ziel hiermit im Auge haben, welches den Grund solchen Handelns bildet.

Es giebt Gründe, welche diese Uebereignung regelmässig im Gefolge haben, z. B. Kauf, Tausch, Schenkung, Zahlung einer Schuld — aber die Uebereignungsabsicht kann auch bei der Vollziehung von Geschäften vorhanden sein, welche regelmässig eine Uebertragung nicht im Gefolge haben: so wird z. B. vereinbarter Weise Eigenthum zum Zwecke der Verpfändung fiduciarisch übertragen, oder man macht den Verwalter oder Verwahrer zum Eigenthümer der anvertrauten Sache, um ihm nach aussen hin die volle Legitimation eines Eigenthümers zu geben. In derartigen Fällen muss die Absicht der Uebertragung besonders erklärt sein, weil der Grund des Geschäfts an sich nicht auf sie hinweist.

Nach der herrschenden Auffassung ist übrigens zum Zustandekommen der Eigenthumstradition, „der abstracte auf nichts als die Eigenthums-Uebertragung gerichtete Wille" (Karlowa) Eigenthum zu geben und zu empfangen schon genügend und daher jene Frage zu einer rein theoretischen geworden.

Nach römischem Recht geht nun aber das Eigenthum, selbst wenn eine iusta causa vorhanden und der an. transf. et. acc. dom. gefasst und erklärt ist, man aber die Sache um Geld weggegeben hat, dennoch nicht über, so lange nicht der Preis gezahlt oder creditirt ist.

Hier mag zunächst gefragt werden, was heisst creditiren? Ich glaube das blosse Sachanvertrauen

denn doch von dem eigentlichen Creditiren trennen zu müssen; auf Grund der Quellen kann dies, wie schon oben erörtert, zweifelhaft sein — heutzutage scheiden wir aber beide Begriffe scharf von einander.[1]) Dies ist besonders im Criminalrecht wichtig; denn habe ich Jemandem eine Sache nur anvertraut und er hat über dieselbe zu meinem Nachtheile verfügt,[2]) so hat er eine Unterschlagung begangen; habe ich sie — oder vielmehr ihren Preis — ihm creditirt, dann ist er lediglich mein Schuldner geworden. Credit im technischen Sinne definirt Goldschmidt treffend als Einräumung der Befugniss, über fremde Güter ohne gleichzeitige entsprechende Vermögensaufopferung zu verfügen.

Wie nun beim Trödelvertrag? Hier ist theils anvertraut, theils creditirt; denn der Trödler hat die Wahl, ob er restituiren oder den Gegenwerth leisten will; indem man ihm diese Wahl überlässt, creditirt man immer — aber man creditirt bedingt. Bedingung ist eben, dass er die Sache an Dritte weiterverkaufe; holt man die Sache zurück, ehe er gewählt hat, oder, wenn er zwar gewählt, aber nicht weiterverkauft hat, dann hat man es zu einem Creditiren überhaupt nicht kommen lassen, und von einem Eigenthumsübergang kann dann selbstverständlich nicht die Rede sein.

---

[1]) Ueber Wesen und Bedeutung des Credits siehe Goldschmidt Handelsrecht 2. Aufl. I S. 406; ferner Wagner in Schönbergs Volkwirthschaftslehre 3. Aufl. Band I S. 379 u. f.

[2]) Indem er sich die Sache rechtswidrig zueignete. Siehe Str. G. B. § 245.

Hat er aber die Aestimationsleistung gewählt, so sind zwei Fälle möglich:

a) er hat an einen Dritten weiterverkauft: da hat er im Geiste des Vertrages gehandelt, wenn er Eigenthum übertrug; die allemal in dem Vertrage steckende Vollmacht berechtigte ihn hierzu. Der Eigenthümer kann vom Dritten vindiciren — aber der Dritte würde ihn mit Recht durch exceptio rei venditae et traditae zurückschlagen — (ausgenommen in dem Falle, wo die erwähnte Vollmacht etwa beschränkt gewesen wäre, welchen Fall wir noch weiter unten erörtern werden);

b) der Trödler erklärt, die Sache selbst behalten zu wollen: hier begegnet uns die bereits oben besprochene Schwierigkeit; — aut res aut aestimatio waren ja alternativ in obligatione: nach römischem Recht bindet aber den Schuldner ein etwa geäusserter, einseitiger Entschluss keineswegs — er hat vielmehr das ius variandi — es sei denn, dass er durch einen neuen Vertrag auf jenes ius variandi verzichtet hätte.

Wählte er die Aestimationsleistung in verbindlicher Form, dann können wir das schon oben Gesagte wiederholen: „Der Trödelvertrag hat damit sein Ende erreicht — der Kaufvertrag tritt an seine Stelle!“

Kauf allein gab aber noch kein Eigenthum — es musste vielmehr der Kaufpreis entweder gezahlt oder creditirt sein; wenn aber der Trödler nicht zahlt, kann er dann vielleicht nicht dennoch das Eigenthum in

Anspruch nehmen, indem er sich darauf beruft, dass in dem Trödelvertrage schon ein Creditiren gelegen habe? Römisch gesprochen werden wir dies schwerlich bejahen können; denn wir haben gesehen, dass bei dem Vertrage zunächst das Moment der äusseren Sachanvertrauung massgebend war; ein Creditiren anzunehmen haben wir keinen Grund, solange dasselbe nicht in formeller Weise erklärt worden ist, folglich wird nach römischem Recht der Uebergang des Eigenthums in einem solchen Falle sicherlich geleugnet werden müssen. Was dagegen das moderne Recht betrifft, so ist hier, wie Bekker richtig sagt, das alte Recht auf den Kopf gestellt — Kleben an der Form ist dem heutigen Rechte fremd; wir bedürfen nicht des „Creditirens für eine Minute", um den Uebergang des Eigenthums herbeizuführen.

Mit Rücksicht hierauf müssten wir in jedem einzelnen Falle, ohne auf das Creditiren irgend welches Gewicht zu legen, einfach untersuchen, ob nach Lage der Umstände Eigenthums-Uebergang für den Fall, dass der Trödler die Sache für sich behielte und darum Aestimationsleistung wählte, gewollt war — oder ob sich der entgegengesetzte Wille nachweisen liesse.

Bedenkt man noch ferner, dass es dem Tradenten ja materiell völlig gleichgültig sein könnte, ob der Trödler die Sache selbst kauft oder an Dritte weiterverkauft — da der Tradent ja im letzten Falle doch mit dem Dritten in keinerlei Rechnungsverhältniss tritt, er vielmehr immer nur den Trödler als seinen Debitor anzusehen hat, auf welchen letzteren das Eigen-

thum des aus dem Verkauf der Sache erzielten Erlöses übergeht — da sollte man doch zu der Ansicht neigen, dass schon die blosse Wahl der Aestimationsleistung von Seiten des Trödlers genügen sollte, um ihm Eigenthum zu verschaffen.

Man darf sich überdies der Befürchtung nicht verschliessen, dass in der Praxis der Trödler vielfach zu Scheinverkäufen an vorgeschobene Personen schreiten würde, um sich so, da er ja damit formell verkauft zu haben scheint, das ihm sonst versagte Eigenthum zu sichern.

Die herrschende Meinung geht jedoch dahin, dass, wenn Trödler die res selbst behalten will, er erst zahlen müsse, da in der Hingabe der res im Zweifel eine Creditirung an ihn nicht gefunden werden kann.

In diesem Sinne hat das Reichsgericht (Entsch. in Strafsachen Bd. 3 S. 154) entschieden[1]) — doch wir werden uns angesichts der geäusserten Bedenken dieser Entscheidung nicht unbedingt anschliessen können: ohne ihre Richtigkeit vom Standpunkte des römischen Rechts irgendwie zu bezweifeln, werden wir vom modernen Standpunkte aus sagen müssen, dass jede auch noch so formlose, stillschweigende, aus der Sachlage zu folgernde Creditirung genügen muss, um das Eigenthum der res vendenda auf den Empfänger übergehen zu

[1]) Das Eigenthum der Sache geht nicht sofort mit der blossen Hingabe auf den Trödler über, vielmehr an den dritten Erwerber erst mit der Tradition der Sache durch den Trödler an diesen und bezw. an den Trödler selbst, falls dieser die Sache behalten will, erst durch Leistung des festgesetzten Werthes.

lassen. Ja noch mehr auch ohne jegliche Creditirung muss Eigenthumsübergang angenommen werden, wenn nach Lage des Falles der abstracte auf nichts als die Eigenthumsübertragung gerichtete Wille (Karlowa) der Contrahenten Eigenthum zu geben und zu empfangen erhellt.

Ganz anders gestaltet sich das Verhältniss, wenn der Tradent bei Abschluss des Vertrages dem Trödler ausdrücklich erklärt hat, dass er unter keiner Bedingung creditire, sich vielmehr auf jeden Fall das Eigenthum solange vorbehielte, bis er baar bezahlt sei. Hier ist die Vollmacht, die, wie wir sahen, in dem Vertrage allemal selbst steckt, stark beschnitten. Hier könnte der Tradent die Sache nicht allein solange sie sich noch beim Trödler befindet, sondern auch, in Rom wenigstens, von dem Dritten — Käufer der res — vindiciren: dieser würde ihm dann die exceptio rei venditae et traditae entgegensetzen, weil Trödler mit dem Willen des Eigenthümers, gleichsam wie sein Mandatar an ihn verkauft habe — der Eigenthümer würde dagegen aber mit Recht repliciren, dass, wenn der Trödler auch die Vollmacht zum Verkaufe gehabt habe, diese Vollmacht nicht uneingeschränkt gewesen sei — da er, der Eigenthümer sich Eigenthum bis zu der an ihn erfolgenden Zahlung vorbehalten habe. Der Dritte hat also gleichsam mit einem falsus procurator contrahirt, und selbst wenn er den Trödler baar bezahlt hat präjudicirt dies den Eigenthümer nicht; denn das Eigenthum an den Geldstücken ist nur auf den Trödler übergegangen, nicht auf ihn. Es bliebe also dem Käufer nur übrig

mit der actio emti gegen den Trödler vorzugehen, es sei denn, dass er den Nachweis führte, dass Trödler etwa später noch den Tradenten bezahlt hätte; denn in diesem Falle convalescirte das anfangs fehlerhafte Geschäft.

Bei uns würde dieser bona fide Käufer sich allerdings in einer weit günstigeren Lage befinden; denn das starre „ubi rem meam invenio etc.“ hat für den Handelsverkehr dem deutschrechtlichen „Hand wahre Hand“ weichen müssen und die Art. 306 und 307 H. G. B. dürften in den allermeisten Fällen jenem, der mit dem Trödler contrahirte, ausreichenden Schutz gewähren.

Man könnte noch einen anderen Fall construiren; die Parteien haben nämlich abgemacht, dass das durch Weiterverkauf an einen Dritten zu erzielende pretium an Stelle der res treten solle, allerdings nur bis zur Höhe der aestimatio; bestände es in Geld, dann dürfe der Trödler es mit seinen eigenen Geldstücken garnicht vermischen; in diesem — jedoch nur in diesem — Falle wäre auf Seiten des Trödlers gar nicht die aestimatio in obligatione, sondern das pretium in Höhe der aestimatio!

Diesen Gedanken hat bereits Cocceji ausgesprochen. Chambon hat ihn (S. 73) mit Recht widerlegt, weil Cocceji ganz allgemein von allen Trödelverträgen sprach und nicht nur von diesem speciellen Fall, wodurch er allerdings in Gefahr gerieth, das ganze Rechtsverhältniss materiell als Mandat aufzufassen.

Wir haben also die Frage, ob Eigenthum über-

gehen könne, entschieden bejaht — und in dieser Erörterung auch schon theilweise die weitere Frage, ob Eigenthum übergehen müsse, in Betracht gezogen und im verneinenden Sinne entschieden.

Die Ansichten über den Eigenthumsübergang beim Trödelvertrage hat Chambon in ausführlicher Weise (S. 69) erörtert und die hervorragendsten Schriftsteller citirt. Die römischen Juristen haben diese Frage kaum berührt — auch die Glosse hat hierüber nichts gebracht: selbst Cujas, Huber, Voet sprechen darüber nicht; Faber, Cocceji, Schilter, Köchy, Müller, Höpfner, Glück verwerfen den Eigenthumsübergang — Lauterbach, Böhmer, Puchta, Leyser, Hellfeld, Madihn sind für denselben: Chambon selbst vertritt die herrschende Meinung, wonach ein Eigenthumsübergang auf den Trödler nicht sofort stattfindet. So auch Mühlenbruch, v. Wening-Ingenheim, Sintenis, Göschen, Baron, Windscheid, Dernburg etc.

Die verschiedenen Ansichten für den Eigenthumsübergang stützen sich theils auf den vermeintlichen Gefahrsübergang, welcher doch einerseits noch keineswegs erwiesen ist, vielmehr angesichts der sich widersprechenden Quellenstellen besonderen Beweises bedarf, theils darauf, dass sie in diesem Uebergang den entscheidenden Unterschied vom Mandat sehen, theils auf die wegen der obligatio alternativa ausgeschlossene Möglichkeit einer vindicatio; Andere wollen den Uebergang wiederum wegen der Verkaufsnatur des Vertrages angenommen wissen. Diese Ansichten haben

sämmtlich durch Chambon ihre nicht schwere Widerlegung gefunden und wir könnten uns ohne weiteres der herrschenden Meinung anschliessen, „dass Eigenthum nicht sofort übergehe“ — wenn nicht Wendt unter Bezugnahme auf Mommsen ein scheinbar schwerwiegendes Argument für den Eigenthumsübergang in die Waagschale geworfen hätte: er führt nämlich die l. 26 pr. verb. 19, 5, wie sie Mommsen wiederhergestellt, in folgender Fassung an: Si tibi scyphos dedi, ut eosdem mihi redderes, commodati actio est. si ut pondus argenti redderes, quantum in illis esset tantidem ponderis petitio est per actionem praescriptis verbis tam boni tamen argenti quam illi scyphi fuerunt: sed si aut hos scyphos vel ut eiusdem ponderis argentum dares convenit, dicendum est. si quidem tua est electio, scyphos statim tuos fieri et te mihi dare aut scyphos aut argentum, utrum malis quod si mihi permissum est eligere, scyphi tui non fient antequam dixero. me eos habere nolle.

Pomponius bespricht hier den Fall, dass Jemand einem andern silberne Becher übergeben und entscheidet u. a., dass, wenn die Hingabe mit der Verabredung geschehen sei, dass der Empfänger die Wahl habe, die Becher selbst oder ihr Gewicht in Silber zu restituiren, dann Eigenthum sofort auf ihn übergegangen sei.

Hiergegen kann man einwenden, dass hier von einem vendendum dare überhaupt keine Rede ist, sich die Stelle also garnicht auf den Trödelvertrag bezieht; aber wie in letzterem kann der Empfänger wählen und

gerade seine Wahlbefugniss soll den Eigenthumsübergang herbeiführen.

Ich glaube, dass beide Fälle trotz ihrer äusseren Aehnlichkeit innerlich durchaus verschieden sind; der Werth der Becher setzt sich aus zwei Factoren zusammen: aus dem Silberwerth und aus der Arbeit — welche die Juweliere heute Façon nennen; wären nun diese Becher zum Vertrödeln hingegeben, so wäre dies ein Zeichen, dass der Tradent nicht allein den Silberwerth dafür wiedererlangen, sondern durch die seitens des Trödlers zu versuchende Veräusserung jedenfalls auch einen Theil der Façon bezahlt haben will, mindestens können wir sagen, dass in der aestimatio der Gegenwerth sowohl für das Silber, als auch für die Form steckt.

Anders hier, wo die Becher augenscheinlich nur zum Einschmelzen übergeben sind — hier verzichtet der Tradent definitiv auf die Form, denn er will ja nur das Silber, sei es dasselbe oder anderes gleichgutes als Gegenleistung haben; die Becher als solche sind durch die dem Anderen unbedingt und unwiderruflich eingeräumte Befugniss ihrer Einschmelzung für den Tradenten aus der Welt; es handelt sich für ihn gar nicht mehr um die unvertretbaren Becher, sondern nur um das vertretbare Silber — folglich muss wegen dieser Vertretbarkeit das Eigenthum auf den Empfänger übergehen; denn wie schon oben (Leist) erwähnt, kann man gar nicht abmachen, dass ein quantum eiusdem generis redderetur, ohne dass man zunächst Eigenthumsübergang für das Uebergebene wollen sollte. Dieser

Fall ist auch schon deshalb von dem Trödelvertrage verschieden, weil der Empfänger der Becher hier jedenfalls das Recht hat, die Form zu zerstören — während der Trödler rem incorruptam reddere debet!

Ich bin also der Meinung, dass diese Stelle höchstens als Beweis dienen kann, — nicht dafür, dass Eigenthum beim Trödelvertrage stets übergehen müsse — sondern lediglich dafür, dass es bei zu vertrödelnden Fungibilien übergehen müsse, was auch durchaus den Resultaten unserer früheren Untersuchungen entspricht.

Nach alledem werden wir uns also dahin entscheiden müssen, dass das Eigenthum der res vendenda zunächst nicht auf den Empfänger übergehe, dass dieser aber kraft der in dem Vertrage steckenden Vollmacht es nach den Regeln des Kaufs auf Dritte übertragen könne. Das Rechnungsverhältniss zwischen jenem Empfänger und seinem Käufer berührt den Tradenten in keiner Weise, da er sich nur an den ersteren halten kann, welcher ihm für die aestimatio auf alle Fälle haftet, da er die Gefahr der Negociation regelmässig zu tragen hat. Nur wenn, wie wir gesehen haben, der Trödler die res vendenda mit der Einschränkung erhielt, dass Eigenthum dem Tradenten jedesmal solange reservirt bleibe, bis er wirklich bezahlt sei — somit die Vollmacht des Trödlers betreffs des Weiterverkaufs an Dritte eingeengt war — in solchem Falle würde auch der Dritte, gleichviel, ob er den Trödler bezahlt oder nicht, kein Eigenthum erwerben, solange nicht der Tradent seitens des Trödlers bezahlt ist; endlich konnte

nach dem besonderen Willen der Parteien — durch pactum adiectum — Eigenthum sofort auf den Empfänger übertragen werden.[1])

Wir deuteten schon oben an, dass in vielen Fällen — nicht in allen — der Uebergang des Eigenthums der res vendenda auch den der Gefahr im Gefolge haben muss, nämlich dann, wenn jener Uebergang eine Folge des betreffenden Vertrages an sich und nicht nur eines demselben äusserlich z. B. aus Zweckmässigkeitsgründen beigefügten pactum ist; ebenso wie der Mandatar keine grössere Haftbarkeit übernahm, wenn ihm zur leichteren Ausführung des Mandats Eigenthum übertragen wurde — ebenso wenig kann sich die Haftbarkeit des Trödlers dadurch erhöhen, dass ihm etwa

---

[1]) Hieran knüpft sich nun noch die folgende Frage:
Kann der Trödler eine Unterschlagung an der ihm übergebenen Sache begehen?

Diesen Fall finden wir in den Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Bd. 3 S. 154) erörtert:

Der Angeklagte hatte für seinen Meister den Verkauf von Broten übernommen, und es handelte sich darum, ob er, „wenn auch nicht den Kauferlös für die Brote, so doch die Brote selbst“ unterschlagen habe.

Die Entscheidung betont, dass, wenn hier Trödelvertrag vorlag, zwar sofortiger Eigenthumsübergang auf ihn — den Angeklagten — nicht stattgefunden, jedoch auch hier der Verkauf der Brote in eigenem Namen der Rechtslage entsprochen haben würde. Dagegen würde er die Brote unterschlagen haben, „wenn er sie gleich mit der vertragswidrigen Absicht, sie als sein Eigenthum zu verkaufen, und den Erlös voll für sich zu behalten, verkauft haben sollte.

zur Erleichterung der Negociation sogleich Eigenthum übertragen wurde; waren ihm dagegen Fungibilien zum Vertrödeln übergeben, welche nothwendigerweise durch die blosse Uebergabe — auch ohne besonderes pactum der Parteien — aus innerer Nothwendigkeit in sein Eigenthum übergehen mussten, dann ist der Satz casum sentit dominus durchaus am Platze.

Wenn aber Eigenthum beim Trödelvertrage garnicht oder nur durch ein die Natur desselben nicht änderndes pactum adiectum übergeht – geht dann die Gefahr auf den Empfänger über und welche Gefahr?

Nach allgemeinen und unabänderlichen Rechtsgrundsätzen haftet jeder Contractsschuldner für dolus und die demselben gleich zu achtende culpa lata — im entwickelteren Recht auch für leichte Verschuldung, welche sich bei bona fide negociis nicht nur auf ein schuldhaftes Thun, sondern auch auf die nach dem Maassstab der Sorgfalt eines diligens pater familias zu beurtheilenden Unterlassung erstrecken. Eine weitere Erhöhung der Haftpflicht bestand in der Vereinbarung derjenigen custodia, welche in einem gleichen Falle nicht einmal einem guten Hausvater obgelegen haben würde. Des Weiteren wurde unterschieden, ob die Schuld nur im Interesse des Gläubigers übernommen war, in welchem Falle — wie z. B. beim depositum — sich die Haftung auf dolus und culpa lata beschränkte, während der sich aufdrängende Depositar wiederum für jede Verschuldung haftet, desgleichen auch der Mandatar, obgleich er ohne eigenes Interesse handelt. Verwaltete man endlich fremdes mit eigenem

zusammen — wie beim Societätsverhältniss — dann haftete man für Sorgfalt wie in eigenen Dingen (siehe Dernburg Bd. 2 § 37).

Würden nun die Quellen über das periculum beim Trödelvertrage gänzlich schweigen, so müssten wir nach den soeben in Kürze erwähnten bekannten Rechtsgrundsätzen in allen den Fällen, in denen der Vertrag animo societatis contrahendae geschlossen war (mit Rücksicht auf das hierüber bereits oben gefundene Resultat) die Haftbarkeit des Trödlers auf culpa in concreto beschränken.

Dagegen müsste in anderen Fällen, mit Rücksicht darauf, dass der Trödler infolge der ihm, wie wir sahen, allemal gewährten und von ihm acceptirten spes nie ganz ohne eigenes Interesse handelt, seine Haftbarkeit sich auf jedes Verschulden erstrecken. Da, wie wir ebenfalls bereits sahen, Eigenthum bis zur Entscheidung des Trödlers, ob er rem restituere oder die aestimatio zahlen will, regelmässig auf ihn nicht übergeht, auch von einem Creditiren ebenfalls bis dahin noch nicht gesprochen werden kann, so würden wir bis zu jenem Momente eben diese seine Haftbarkeit für jedes Verschulden gerechtfertigt finden müssen; dasselbe wäre auch der Fall, wenn er Sachrückgabe gewählt, die Sache aber nicht wirklich restituirt haben sollte; wählte er dagegen Aestimationsleistung, wodurch das Geschäft die Natur eines Kaufes annahm, so musste nach der bei letzterem üblichen Regel — „periculum pro emptore“ — auch ohne das Moment der Verschuldung jede Gefahr auf ihn übergehen.

Da wir aber den Vertrag für einen eigenen erklärt haben, so ist es auch ganz natürlich, dass er seine eigenen — zum Theil von den allgemeinen abweichenden — Rechtsregeln erhalten musste: gelingt der Nachweis, dass er sie mit Bezug auf das periculum wirklich erhielt, so haben wir dadurch wiederum einen Beweis mehr dafür, dass der Vertrag ein eigener sei. Das sich zu einem Geschäfte Aufdrängen bedeutete, wie wir bemerkten, eine Erhöhung der Haftbarkeit: da nun hier der sich aufdrängende Trödler schon ohnehin für jede Verschuldung haftete, geschah diese Erhöhung dadurch, dass man ihn auch ohne Verschuldung haften liess.

So muss uns die Entscheidung in l. 17 § 1 D. de praescr. verb. 19, 5 durchaus gerechtfertigt erscheinen. Hier ist zwar nicht gerade gesagt, dass der Trödler sich aufgedrängt habe, sondern dass er die Initiative zu dem Geschäft ergriffen habe, was recht wohl als etwas dem sich Aufdrängen innerlich Aehnliches angesehen werden kann

Hier sagt nun Ulpian: „Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi afferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? Et ait Labeo quod et Pomponius scripsit: si quidem ego te venditor [1]) rogavi meum esse periculum si tu me tuum, si neuter nostrum sed dumtaxat consensi-

[1]) Nach den Erörterungen Huschke's (Ztschr. f. Civilr. und Pr. von Linde N. F. 4 S. 285) ist hier venditum zu lesen nach der Analogie des „qui commodatum rogavit — qui emptum rogavit — qui servum conductum rogavit.

mus teneri te hactenus ut dolum et culpam mihi praestes; actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis."

Damit übereinstimmend: Pauli sent. recept [de com. et depos. II 4 § 4: „Si rem aestimatam tibi dedero ut ea distracta pretium ad me deferres, eaque perierit, si quidem ego te de vendenda rogavi, meo periculo erit, si tu me provocasti, tuo periculo erit."

Mit Rücksicht ferner auf den ebenfalls ganz allgemeinen Rechtssatz, wonach Gefahr und Vortheil einander zu entsprechen pflegen — cuius periculum eius commodum - kann man ferner folgern, dass, sollte es Fälle geben, in denen bei diesem Vertrage das Interesse ganz auf Seiten des Trödlers lag, auch die Gefahr auf diesen übergehen musste.

Dieses Princip gewinnen wir aus l. 11 pr. D. de r. c. 12, 1, wo Ulpian sagt: „quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris, prius quam venderes utrum mihi, an tibi perierit? quaestionis est. Mihi videtur Nervae distinctio verissima, existimantis, multum interesse venalem habui hanc lancem, vel massam necne, ut si venalem habui, mihi perierit quemadmodum si alii dedissem vendendam quod si non fui (fuit) vendendi ut tu uteris tibi eam perisse et maxime si sine usuris credidi."

Wären diese Sachen mir also ohnehin verkäuflich gewesen, so hätte ich die Gefahr getragen; denn es konnte mir ja gleichgültig sein, ob ich sie dir oder einem Dritten zum Verkaufe übergab — der Verkauf war in beiden Fällen ganz meinen Wünschen und

meinem Interesse entsprechend; ganz anders aber, wenn ich sie nur für deine Zwecke zum Verkaufe gab; ich hatte kein Interesse, besonders da ich dir ohne Zinsen Credit gab; hier war das Interesse ganz auf deiner Seite, folglich muss dich auch die Gefahr treffen.

Die hier angeführten Fälle sind keineswegs erschöpfend — es sind nur Beispiele, welche beliebig erweitert werden könnten und aus denen wir also das Princip gewinnen:

a) Wer sich aufdrängt, beziehungsweise den Anlass giebt, oder:

b) Wer das alleinige Interesse an dem Geschäfte hat, muss die Gefahr tragen.

Es mag hier gleich bemerkt werden, dass in dem Ergreifen der Initiative wohl auch meistens ein Erkennungsgrund dafür gefunden werden kann, dass auf derselben Seite auch das Interesse an dem Geschäfte zu suchen sei; ich sage meistens - - denn man könnte recht wohl auch im Interesse des Anderen die Initiative ergreifen, z. B. aus Gefälligkeit, um seine überlegenere Geschicklichkeit zu beweisen oder aus anderen Motiven; zum mindestens ist diese Initiative kein Beweis dafür, dass in solchen Fällen immer das ganze Interesse oder selbst das überwiegende Interesse auf Seiten des Rogirenden liegen müsse; hierüber lässt sich nur jedesmal nach Lage des Falles urtheilen. —

Hieraus folgt nun überhaupt dass sämmtliche Fälle des Trödelvertrages unmöglich immer mit demselben Maasse gemessen werden können, dass es also eine

einheitliche feste Regel für den Gefahrsübergang beim Trödelvertrage gar nicht geben kann; vielmehr wird die Gefahr bald übergehen, bald wird sie nicht übergehen.

Die bisher noch immerhin einfache Frage wird nun aber noch dadurch complicirt, dass hier noch ein anderes Element in den Vertrag hineinspielt — nämlich dasjenige der aestimatio! Diese haben wir bereits oben ausführlich besprochen und kamen zu dem Resultate, dass ihre Functionen bei gewissen Verträgen, bei denen sie ebensowohl ganz fehlen könne, höchst mannigfaltige seien, dass aber bei unserem Vertrage ihr Dasein mit Rücksicht auf den dem Trödler zuzugestehenden Mehrerlös ein unentbehrliches Requisit und ihr Zweck sei: Bestimmung der Höhe der Obligation, sei es, dass der Trödler die von ihm übernommene oder weiter verkaufte Trödelsache bezahlen, sei es, dass er den durch seine leichte Verschuldung entstandenen ein für alle Mal fixirten Schaden ersetzen müsse; als Nebenbestimmung konnte nach dem Willen der Parteien die Versicherung, Conventionalstrafe etc. gewollt sein.

Von der Gefahr erwähnte ich oben nichts — und zwar mit guter Absicht; denn gerade die Haftung für Gefahr kann vorweg als Beweismittel nicht benutzt werden; denn sie soll ja erst erwiesen werden; so muss beispielsweise Anton Faber's an sich richtige Deduction, dass der Eigenthumsübergang zu verwerfen sei, mit Bezug auf den angeführten Grund, dass der dominus jede Gefahr trage, der Trödler dagegen für den durch vis maior herbeigeführten casus nicht hafte, als ungenügend bewiesen erachtet werden.

Nachdem wir gesehen haben, wie mannigfaltig die Functionen der aestimatio sein können, ist die Frage, ob wegen der aestimatio die Gefahr übergehen müsse, nicht richtig gestellt; muss denn, so sollte man vielmehr fragen, weil die in zahlreichen anderen Verträgen willkürlich hinzugefügte aestimatio mit Gefahrsübergang in Zusammenhang steht, die hier aus der Natur des Vertrages folgende nothwendigerweise hinzugefügte aestimatio gleichfalls Gefahrsübernahme bedeuten?

Viele bejahen dies unter Hinweis auf die l. 5 § 3 D. commodati 13, 6 Ulpian: „et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit". Was steht denn aber hier anderes, als dass der Commodatar, welcher doch ohnehin für jede Verschuldung haften musste, sich durch besondere — das eigentliche Wesen des Vertrages in keiner Weise berührende — Verabredung verpflichtete, auch noch für die Gefahr in Höhe der Aestimationssumme einzustehen? Soll nun daraus folgen, dass, wenn in einem ganz anders gearteten Vertrage, zu dessen Zustandekommen eine Abschätzung einer übergebenen Sache, nicht etwa als Nebenabrede hinzugefügt, sondern absolut erforderlich ist, dieser Umstand allemal auf Gefahrsübernahme deuten müsse? Die aestimatio ging in vielen Fällen mit der Gefahrsübernahme Hand in Hand — aber sie bewirkte keine Gefahr; sie war, wie Brinz richtig und klar auseinandersetzt, nicht der Grund, sondern der Beweis des Gefahrsüberganges — sie ist nicht Ursache, sondern Wirkung: man aestimirt, weil man Gefahr übertragen

will: die aestimatio liefert in zahlreichen Verträgen, in denen sie nicht nothwendig zu erscheinen braucht, durch ihr Dasein processualischen Beweis, dass die Parteien Gefahrsübergang gewollt hätten — muss sie diesen Beweis auch in jenen Fällen liefern, wo die Parteien sie setzten, nicht um damit ein dem Vertrage fremdes Element hinzuzufügen, sondern um eine seiner Voraussetzungen zu erfüllen?

Hier verweist man wiederum auf die Quellen und citirt die l. 1 D. de aestimato:

> „Actio de aestimato proponitur, tollendae dubitationis gratia; fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur utrum ex vendito sit actio propter aestimationem: an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor: an ex conducto: quasi operas conduxissem: an mandati? Melius itaque visum est, hanc actionem proponi. Quoties enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem: est enim negocium civile gestum et quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus. § 1 Aestimatio autem periculum facit eius, qui suscepit: aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit."

Hier scheint derselbe Ulpian, welcher in der denkbar klarsten Weise in der oben citirten l. 17 übereinstimmend mit Paulus 4 § 4 den Grundsatz aufge-

stellt hat, dass die Gefahr bald übergehe, bald nicht, sich zu widersprechen.

Es sind nun seit Jahrhunderten alle nur möglichen Versuche gemacht worden, diese entgegengesetzten Aussprüche desselben Juristen zu vereinigen; — der Gedanke, dass Ulpian sich in einer so wesentlichen Frage etwa geirrt habe oder dass er, um mit Brinz zu reden, erst später die Augen aufgethan habe, muss selbstredend ausgeschlossen werden. Das Resultat aller dieser Vereinigungsversuche resumirt Deruburg § 120 mit den resignirten Worten, dass es ewig zweifelhaft bleiben werde, „wie diese widersprechenden Entscheidungen zu vereinigen seien"!

So spricht auch Gradenwitz (Interpolationen S. 126) bedauernd über diese lex: „welche durch die Compilatoren in eine so heillose Verwirrung gebracht ist, dass sie allen Erklärungsversuchen einen bisher auch noch nicht einmal leise erschütterten Widerstand entgegensetzt".

Chambon hat (S. 60 ff.) eine lange Liste dieser Interpretationsversuche gegeben, welche im grossen Ganzen darauf hinauslaufen, dass die l. 1 eine ganz allgemeine sei, welche das infolge der aestimatio geltende Princip betreffs der Haftpflicht angäbe, während in l. 17 die speciellere, für den Fall des Trödelvertrages vorgesehene Bestimmung zu finden sei.

Franz Lipp (Beitrag zur Lehre vom Trödelcontract, Heidelberg 1880) hat diese Liste (S. 13. Anm. 1) vervollständigt, und wir dürfen wohl sagen, dass die herrschende Meinung dahin geht, dass der Trödler die

Gefahr trage, wenn er den Anstoss zu dem Vertrage gegeben.

Windscheid erweitert dies dahin, dass der Empfänger in dem Falle, wo das Geschäft nicht in seinem Interesse abgeschlossen worden sei, von aller Verpflichtung frei sei, wenn ihm die Rückgabe der Sache ohne seine Schuld unmöglich geworden sei; ähnlich auch Dernburg: „die Gefahr des Zufalls trifft den Trödler, wenn er den Verkauf in seinem Interesse erbeten hat".

Dagegen will Lipp mit seiner oben erwähnten Schrift nachweisen, dass der Empfänger unter allen Umständen das periculum tragen müsse.

Dass die angeführten Quellenstellen, sowie sie lauten, sich widersprechen, leugnet Niemand — dass Ulpian selbst sich nicht widersprechen konnte, ebensowenig, und so muss der Fehler wohl in den Handschriften selbst gefunden werden. Schon bei oberflächlicher Betrachtung präsentiren sich die l. 17 und Paulus 4 als vollständig deutlich und äusserlich intact, — während die l. 1 sich als lückenhaft, unklar, zum Theil sinnlos und äusserlich beschnitten kennzeichnet; es wird dies für uns von vornherein ein äusserer Grund sein, den Inhalt der ersteren leges als den minder bedenklichen anzusehen.

Brinz hat die Ansicht geäussert, dass die Worte von quotiens bis actionem eine Ungereimtheit ergeben; Ihering hat, unabhängig von ihm, das Gleiche gefunden und Lipp hat neuerdings in anerkennenswerther Weise die betreffende Stelle einer — dieselbe allerdings vernichtenden — Kritik unterzogen.

Die deutsche Uebersetzung würde wie folgt lauten: „Wenn man über den Namen irgend eines Contractes Zweifel hegt, man jedoch einverstanden sei, dass irgend eine Klage gegeben werden müsse — da müsse die aestimatoria pr. v. gegeben werden."

Mit Recht spottet Ihering über diese „Allerweltsklage": er sowohl wie Brinz — und zwar wiederum jeder für sich — kommen zu dem Vorschlag, das „aliquam actionem dari" in „aestimationem dari" zu ändern. Damit ist viel gewonnen: es kommt ein ganz neuer Sinn in die Stelle, besonders wenn man anstatt conveniret convenerit liest: nämlich wenn man übereingekommen ist, dass eine aestimatio gegeben werden müsse — — da müsse auch die entsprechende actio aestimatoria gegeben werden.

Andere haben zwar ebenfalls erkannt, dass unmöglich immer eine aestimatoria pr. v. actio gegeben werden könne, wenn man über den Namen eines Contractes im Zweifel sei, glaubten aber das Wort „aestimatoria" streichen zu müssen — dann blieb eine einfache pr. verbis actio übrig, welche allerdings als eine Art von Allerweltsklage angesehen werden kann.

So wollten Hotomann und Faber das Wort „aestimatoria" als die Glosse eines unwissenden Interpreten weggestrichen sehen, während Accursius die actio als eine solche versteht, quae in hoc casu aestimatoria appellatur.

Ihm folgte Glück, welcher jenen Beisatz nur für eine adiectitia qualitas erklärte, wodurch die Eigenschaft der actio praescriptis verbis ausgedrückt werde.

Vangerow schützte ebenfalls das Wort aestimatoria, weil diese die erste actio praescriptis verbis gewesen sei, da schon der Pandectentitel und die Anfangsworte „actio de aestimato proponitur“ zeigen, dass aestimatoria das charakteristische Wort sei; so sagt auch Brinz (S. 42), es würde damit das kritische Wort vertilgt. Umgekehrt will Lipp die Worte praescriptis verbis streichen — um damit eine benannte „aestimatoria“ zu gewinnen: wir haben aber schon oben nachgewiesen, dass dieselbe eine unbenannte gewesen sei — auch würde mit diesem Strich allein die Stelle noch nicht verständlicher und man müsste mit Lipp zu der Radicalcur schreiten, die ganze Stelle zu streichen — was zu weit ginge, da, wie Brinz treffend bemerkt, der Commentator mit dem Satze quotiens etc. dem Edicte näher rückte, ja in denselben Worten geradezu eine Paraphrase desselben gäbe.

Mit obiger Ihering-Brinz'schen Emendation wird also die Klage verallgemeinert — immer, wo es sich um Sachhingabe mit aestimatio handelt, könnte man sich der aestimatoria pr. v. bedienen. Das Bedürfniss einer solchen Klage war nach Ihering so unabweisbar, dass wir die Quellen einer Lücke beschuldigen müssten, hätten sie uns dieselbe vorenthalten.

Sein Hauptargument, dass dem Beklagten, welchem eine Wahlbefugniss zustand, Sache oder aestimatio zu leisten, wenn dem Gläubiger die gewöhnliche Contractsklage zugestanden worden wäre, vom Richter lediglich die Naturalrestitution hätte auferlegt werden können, ist als richtig anzuerkennen.

Ich glaube hier noch darauf hinweisen zu müssen, dass bekanntlich auch ohne aestimatio alle Klagen, welche nicht auf eine Geldsumme lauteten, schliesslich, wenn der Beklagte die Leistung verweigerte, auf ein Abschätzen in Geld übergingen: der Kläger konnte sein Interesse beschwören. Aber gerade um diese Umständlichkeiten und den Eid zu vermeiden, wurde von vorne herein hier eine aestimatio festgesetzt. Dieses geschah nicht nur im Interesse des Gläubigers, sondern auch in dem des Schuldners; letzterer kannte nun von Anfang an die Maximalhöhe der von ihm einzugehenden Obligation. So war denn die aestimatio in der That eigenthümlich genug, um die betreffende aus ihr entspringende Klage zu charakterisiren und ihre Bezeichnung als „aestimatoria" zu rechtfertigen.

Die nun von Ihering gewonnene Formulirung: quod convenit inter . . ut aut res ... aut aestimatio ... daretur, trägt den Stempel des Wahrscheinlichen an sich; sie kennzeichnet einfach die alternative Verpflichtung des Empfängers, entweder die Sache oder die vereinbarte aestimatio zu gewähren.

Ihering deutet aber ausdrücklich (S. 390) an, dass es sich dabei allemal um Modificationen gewöhnlicher Verträge durch derartige Nebenverträge gehandelt habe; er giebt dafür fünf Quellenstellen — das Commodat, das Depositum, die Pacht, die dos und den Trödelcontract betreffend. Nach unserer Auffassung muss der letztere hiervon geschieden werden, weil wir zu dem Resultate gelangt sind, dass hier von einem blossen Nebenvertrage nicht die Rede sein könne denn sonst

müsste es auch Trödelverträge ohne aestimatio geben können, was uns, insbesondere wegen des dem Trödler gebührenden Rechts auf Mehrerlös unmöglich erschien. —

Karlowa hat in seinem Buche „das Rechtsgeschäft und seine Wirkung (Berlin 1877) § 39 S. 251“ diese Fälle besprochen um darzuthun, dass wegen des Anfangs der Quellenstelle „cum res aestimata vendenda datur“, die Annahme Ihering's, dass Ulpian der actio aestimatoria ein so weites Anwendungsgebiet zugeschrieben habe, zu verwerfen sei Karlowa meint, dass in den von Ihering angeführten vier ersten Fällen die bestehenden actiones commodati, depositi, locati bez. die Dotalklage recht gut trotz der aestimatio hätten angewendet werden können und insoweit ist Karlowa hierin Recht zu geben; hat doch Ihering selbst nur von einer Modification gewöhnlicher Verträge durch „Nebenvertrag“ gesprochen, damit also keineswegs den gewöhnlichen Vertrag und indirect also auch nicht die ihm entsprechende actio geleugnet.

Wenn uns nun in den vier ersten Fällen die Anwendbarkeit der gewöhnlichen Klagen nicht zweifelhaft erscheint, so scheinen doch die Römer dergleichen Zweifel gehegt zu haben; es waren allerdings nicht gerade schwerwiegende Zweifel, welche diese vier Klagen betrafen, dagegen weit stärkere, cum res aestimata vendenda datur! fuit enim magis dubitatum!

Wenn wir dieses magis betonen, haben wir höchst wahrscheinlich den rechten Schlüssel zu dieser Stelle gefunden.

Dass die l. 1 stark von den Compilatoren zusammengestrichen ist, sehen wir deutlich; es scheint mir, dass an jener Stelle ursprünglich wohl die Frage der ästimatorischen Klagen im allgemeinen von derjenigen „cum res aestimata vendenda datur" getrennt erörtert gewesen war, dass aber die Compilatoren diese Unterschiede verwischt und alles in einen Topf geworfen haben. Die actio de aestimato wird also proponirt um Zweifel zu heben; dieselben wiegen, wie gesagt, nicht schwer bei dem Commodat, depositum, der locatio oder der dos — mehr dagegen wurde gezweifelt cum res vendenda datur, weil man hier nicht auf eine gewöhnliche Klage zurückgreifen konnte, sondern auf mehrere, als venditi, locati, conducti, mandati!

In der nun folgenden Stelle musste nothwendig ein Hinweis auf die aestimatio enthalten sein — diesen suchten daher Brinz und Ihering mit Recht herzustellen; aber dasselbe Resultat lässt sich auch erreichen, wenn wir das anstössige Wort alicuius ausmerzen und statt dessen etwa huiusmodi oder dgl lesen: „so oft über den Namen eines derartigen Contracts (d. h. cum aestimatione) Zweifel entstanden — also nicht nur cum res vendenda datur — sondern allemal wo ein Vertrag durch Hinzutreten einer aestimatio abgeändert war."

Das „conveniret" hat nun weiter Anlass zu Bedenken gegeben; Ihering will lesen: „convenerit" d. h. die Parteien sind übereingekommen; Brinz will dafür „convenisset" setzen, weil dies als Uebereinkunft von Paciscenten besser passe, als ein placet der Juristen.

Hiergegen fragt Lipp (S. 17) „wie kann hier von Paciscenten die Rede sein? Kann ein Paciscent beim Vertragsschluss etc. plötzlich eine Klage creiren, mit dem volltönenden Namen aestimatoria praescriptis verbis actio?“

Hier hat Lipp die Brinz'schen Auseinandersetzungen nicht aufmerksam genug gelesen; denn Brinz hat schon vorher das Wort actio beseitigt, indem er dafür aestimationem lesen wollte; damit waren die Paciscenten also gar nicht mehr diejenigen, welche übereingekommen waren, dass eine actio gegeben, sondern dass eine aestimatio geleistet werden müsse, was vollkommen logisch ist; auf diese Paciscenten passt dann mit Recht das „convenisset“ besser.

Weiter fragt Lipp: „Sind es etwa die Juristen, die sich vereinigen?“ Diese können dem Prätor die Hände nicht binden; er braucht sich mit Niemandem zu verständigen!

Ich glaube dagegen bemerken zu müssen, dass die Stelle recht wohl in jenem Sinne aufgefasst werden kann; Theorie und Praxis sind sich darüber einig, dass irgend eine Klage gegeben werden müsse — es ist doch ein negocium civile und ex fide bona zu beurtheilen!

Hat doch auch damals schon in Rom eine Rechtswissenschaft bestanden; diese und die Praxis haben den Prätor sicherlich, wenn auch nicht rechtlich, so doch moralisch gebunden; denn es ist schwerlich anzunehmen, dass ein Prätor nicht mit einigen Rechtskenntnissen

ausgestattet gewesen wäre oder dass er lediglich nach Willkür hätte handeln sollen.

Hiernach glaube ich, ohne einschneidende Aenderungen die Stelle also auffassen zu dürfen: So oft über den Namen derartiger (aestimatorischer) Verträge Zweifel obwalteten, während doch Theorie und Praxis darüber einig waren, dass irgend eine Klage gegeben werden müsse — (ait praetor fügt hier Brinz zweckmässig ein) in allen diesen Fällen edicirte der Praetor, dass die „aestimatoria praescriptis verbis" zu gewähren sei. Est enim negocium civile gestum et quidem bona fide fahren die Quellen dann fort: dieser Satz kann sich nun unmöglich auf alle ästimatorischen Verträge beziehen, sondern lediglich auf den Fall „cum res vendenda datur". Es sind hier jedenfalls die Compilatoren wiederum von den allgemeinen Erörterungen der ästimatorischen Verträge auf unseren Specialfall übergesprungen. Es fehlt offenbar ein Mittelglied, etwa folgenden Sinnes: „Also in allen solchen Fällen edicirte der Prätor, dass die aestimatoria praescriptis verbis zu gewähren sei — und zwar nicht nur bei den mit einer aestimatio versehenen benannten Klagen als: Commodat, Depositum, locatio, dos — sondern auch cum res aestimata vendenda datur. „Hier tritt die aestimatio zwar zu keinem benannten Vertrag — aber dies ist kein Grund, die Klagbarkeit zu versagen: Est enim negocium civile et quidem bona fide; Hingabe zu irgend einem Zweck ist stets eine causa civilis und muss nach den Grundsätzen der bonae fidei negoc. regulirt werden: in dieser Weise etwa dürfte sich das

jetzt ganz unmotivirt erscheinende enim an das Vorangegangene erläuterungsweise angeschlossen haben. —

Wir haben es nun aber weiter noch mit einem autem zu thun, welches wieder ein deutlicher Beweis dafür ist, dass hier ganze Sätze fehlen; aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit! Warum „autem" fragt Brinz; der Commentar de aestimato folgt auf eine Reihe bonae fidei iudicia; er vergleicht diese seine aestimatoria mit den schon abgehandelten bonae fidei iudiciis: alles wie dort — nur (autem) in einem Stück besteht ein Unterschied: mit der condemnatio steht es hier etwas anders: periculum pflegt den Empfänger nicht zu absolviren; denn aus der aestimatio ersieht man den Uebergang der Gefahr.

Also in jenen bonae fidei negociis geht die Gefahr nicht über — die aestimatio aber ist ein Beweis dafür, dass Gefahrsübergang gewollt war!

An dieser Stelle will Glück (Bd. 18 S. 70) an periculum denken — er trägt die Gefahr, wenn er sie übernahm.

Chambon weist dies (S. 67) zurück; Ulpian könne nicht die Trivialität begehen, zu sagen, wer die Gefahr übernimmt, trägt die Gefahr.

Ich kann den Gedanken nicht trivial finden; ich würde eins mit „nur desjenigen" übersetzen — dies „nur" bleibt im Lateinischen häufig unausgedrückt —; an und für sich bewirkt die aestimatio gar nichts — wie Brinz richtig bemerkt —; also nur wenn er sie übernahm, geht die Gefahr auf den Empfänger über.

Dagegen scheint mir das aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit, als Folge der Gefahr recht undeutlich ausgedrückt. Ich sollte meinen, diese alternative Verbindlichkeit trägt der Empfänger nicht der Gefahr wegen, sondern ohnehin, weil er die dahin zielende obligatio übernahm, in welcher von der Gefahr gar nicht die Rede zu sein brauchte; es ist nicht logisch zu sagen: „er trägt die Gefahr, folglich muss er die Sache in unverdorbenem Zustande oder die aestimatio leisten." Logisch wäre nur, „folglich muss er das eine oder das andere auf alle Fälle leisten, ohne dass er sich durch den casu erfolgten Untergang der res exculpiren könnte. Der ganze Satz aut igitur bis convenit würde sich vielleicht besser an das quae in bonae fidei iudiciis diximus, als an das qui suscepit anschliessen: nämlich: Alles greift hier Platz, wie in den bonae fidei iudiciis — er muss demnach die Sache in unverdorbenem Zustande zurückgeben oder die vereinbarte aestimatio leisten!

Ich würde also versuchen, diese beiden Sätze umzustellen — dann würde mindestens das autem erklärt sein: Er muss die aestimatio leisten — diese aestimatio aber überträgt die Gefahr!

Die Aehnlichkeit des Satzes bis qui suscepit mit den Ulpian'schen Worten in l. 5 „qui aestimationem se praestaturum recepit", welcher letztere Ausspruch viel deutlicher und correcter formulirt ist als jener, drängt mir die Vermuthung auf, dass die ganze Stelle vielleicht gar nichts anderes ist, als eine ungenaue Reproduction des oben citirten Ulpian'schen Satzes

— folglich von Ulpian weder an dieser Stelle noch überhaupt in dieser Weise geschrieben!

Die ganze Stelle erörtert lediglich die Frage der passenden Klage und spricht nirgend von Gefahr — wie sollte Ulpian nun eine so wichtige Frage in einem einzigen kurzen. undeutlichen Satze mit einem autem eingeflickt haben?

Wäre es nur wirklich wahr, dass die aestimatio immer die Gefahr mit sich führt. Es ist unwahr im Falle der l 52 § 3 D. pro socio 17, 2, wo die aestimatio nur die Function hat, den Empfänger anstatt für culpa in concreto für culpa levis haften zu lassen, während die Gefahr des casus nicht auf ihn übergeht; ebenso unwahr in allen den Fällen, in denen die aestimatio nur taxationis causa hinzugefügt war, wie bei der dos, wo die res dotales nach beendigter Ehe zurückgegeben werden sollen und wo der Ehemann nicht für casus haftet, sondern nur dann, wenn ihm die Unmöglichkeit der Restitution nach allgemeinen Rechtsregeln wegen seiner Handlungen oder Unterlassungen angerechnet werden müsste. Zum mindesten werden wir also die l. 1 19, 3 restrictiv zu interpretiren berechtigt sein und zwar dies um so eher, als die ihr widersprechende l. 17 mit der Entscheidung des Paulus S. II tit. 4 § 4 genau übereinstimmt. Dieser Ansicht ist auch Mommsen (Beiträge I S. 280).

Ich neige aber der Ansicht zu, dass Ulpian in l. 1 (19, 3) gar nicht von der Gefahr gesprochen, dieselbe vielmehr einzig und allein in der l. 17 erörtert hat; irgend ein Interpret mag vielmehr durch das Wort aesti-

matio an die l. 5 erinnert, diese Bemerkung, ohne zu prüfen, ob, was in jener Stelle stand, denn nun für alle Fälle der aestimatio passen müsse, eingefügt haben und zwar hinter de qua convenit, während durch einen Zufall der Satz schliesslich zwischen das quae in bonae fidei iudiciis diximus und das aut igitur rem debebit in corruptam reddere gerathen ist. Dieser Fehler braucht nicht den Compilatoren zur Last zu fallen, da diese nach der Vermuthung Ihering's (S. 388) wahrscheinlich aus Handschriften Ulpian's excerpirten, in denen sich schon Fehler vorfanden.

Die Stelle besagte also dann nichts weiter als: das Geschäft hat eine causa civilis und ist bonae fidei; daher muss hier alles Platz greifen, was wir bei den bonae fidei iudiciis gesagt haben: entweder muss er ihm die Sache unverdorben wiedergeben oder die übereingekommene aestimatio zahlen Diese aestimatio aber, — fügte hier der Interpret nach dem Gedächtniss hinzu — schafft die Gefahr auf Seiten dessen, welcher die Aestimationsleistung auf sich nahm.

Aber selbst wenn dieser Strich zu gewagt erscheinen sollte, kann man bemerken, dass periculum hier nicht nothwendig als omne periculum gedeutet werden müsse; spricht doch selbst Ulpian in l. 5 § 7 D. 13, 6 von einem periculum, quod culpa contigit.

In diesem Sinne will Azo auch in unserem Falle das periculum verstanden wissen: wir müssten die Stelle also dahin deuten dass der Trödler jedenfalls nicht jede Gefahr in Folge der aestimatio zu tragen hätte — dieses periculum schrumpft damit zu einer blossen Er-

höhung der Haftbarkeit zusammen, mit der wir uns recht wohl einverstanden erklären können.

Mit Recht weist auch Emmerich (Arch. f. civ. Praxis Bd. 61 S. 277) „über die Haftbarkeit des Trödlers für periculum casus“ darauf hin, dass das periculum casus in diesem Fall schon deshalb nicht das quae sine culpa accidunt bedeuten könne, weil selbst der Commodatar, der allen Vortheil allein zieht, für casus nur einsteht, si aliqua eius culpa interveniat; folglich dürfe dem Trödler, der nicht allein den Vortheil zieht, nicht die Tragung des wahren casus des periculum omne aufgebürdet werden. Das Dasein der aestimatio kann hieran nichts ändern: denn wir stellten mit Brinz schon oben fest, dass sie gar nichts bewirke, dass sie nicht Ursache, sondern Wirkung sei, so dass wir also sagen müssen: Die Anwesenheit der aestimatio bei ästimatorischen Verträgen im Allgemeinen ist nur ein Zeichen dafür, dass eine Erhöhung der contractlichen Haftbarkeit gewollt sei! Diese kann recht wohl — braucht aber nicht Gefahrsübernahme zu bedeuten.

Dies entspricht denn auch unserer schon oben gewonnenen Ueberzeugung, dass beim Trödelvertrage im Speciellen die Gefahr bald übergehe — bald nicht übergehe; hieran werden wir festhalten.

Chambon will nun den Gefahrsübergang als Regel aufstellen, und nur gewisse factische Verhältnisse als Ausnahme gelten lassen, wogegen Brinz mit Recht erwidert, dass in dem Falle, wo die Gefahr beim Herrn bleibe, so gar nichts besonderes liege, dass auch der

Satz, dass sie bei ihm bliebe, nicht als Ausnahmesatz gedacht werden könne.

Wir hatten nun oben gesehen, dass

a) wer sich aufdrängt bezw. hier den Anstoss gab;

b) wer das alleinige Interesse an dem Geschäfte habe, die Gefahr tragen müsse; von einem alleinigen Interesse kann aber beim Trödelvertrage niemals die Rede sein — das Interesse liegt stets auf beiden Seiten: die einzige Ausnahme würde die sein, wenn einer der Contrahenten donandi animo handelte, wenn der Eigenthümer absichtlich eine zu niedrige aestimatio angab, um dem Trödler einen sicheren Gewinn zukommen zu lassen, oder wenn der Trödler die aestimatio in derselben Absicht zu hoch ansetzte; dann läge aber in Wirklichkeit nur eine durch Trödelvertrag verschleierte Schenkung vor. Von diesem Falle abgesehen, ist das Interesse stets auf beiden Seiten — der Eigenthümer verkauft seine Sache gegen Geld (würde ihm hieran nichts liegen, dann brauchte er wahrlich dem Trödler nicht erst den Mehrerlös oder die Prämie in Aussicht zu stellen); — der Empfänger erhält die spes als Interesse für seine Bemühungen.

Es ist nun meiner Ansicht nach falsch, auf l. 11 pr. D. de r. c. 12, 1, wo das Interesse lediglich auf Seiten des Empfängers lag, sich zu stützen und daraus zu folgern, dass auch beim Trödelvertrage — wo Interesse immer auf beiden Seiten zu finden ist — die Verkäut-

lichkeit der Sache ein Grund für das Verbleiben der Gefahr beim Tradenten bilden müsse. Jene l. 11 ist im Ganzen durchaus nicht auf den Trödelvertrag gerichtet — welchen sie nur zum Zwecke eines Vergleiches, gewissermaassen in Parenthese erwähnt.

Wie sollte man denn Jemandem, dem man seine Sachen zum Verkaufen mitgiebt, weil man ihm einen Freundschaftsdienst durch Gewährung eines zinslosen Darlehns leisten will, noch ausserdem eine Prämie in Gestalt des Mehrerlöses — ohne welchen, wie wir oben sahen, unser Contract nicht möglich ist — gewähren wollen!

Also nur weil die Hingabe der Sache zum Verkauf in jenem Falle ganz im Interesse des Empfängers geschah — trägt dieser die Gefahr. War mir dagegen die Sache ohnehin feil, dann hatte ich ebenfalls ein Interesse daran, sie gegen Geld umzusetzen; da ist es folglich ganz gleichgültig, ob ich sie dir oder irgend einem Andern zum Verkauf oder vielleicht gar zum Vertrödeln gegeben habe.

Wir gewinnen also aus dem eigentlichen in l. 11 erörterten Falle wohl einen Beweis für das allgemeine Princip „cuius commodum eius periculum“ — aber keinen speciellen Beweis für den Gefahrsübergang in unserem Vertrage.

Diesen Beweis können wir nur aus den Worten quemadmodum si alii dedissem vendendam herleiten; d. h. wenn mir die Sache doch verkäuflich war — da bleibt die Gefahr bei mir; genau so wie im Trödelvertrage — wo sie nämlich immer verkäuflich ist,

— müsste man hier hinzufügen; denn eine Sache, die mir nicht verkäuflich ist, werde ich wahrlich keinem Dritten zum Vertrödeln geben: ich würde sie ihm gar nicht geben — oder thäte ich es dennoch — vielleicht aus Freundschaft — dann würde ich schwerlich die Form des Trödelvertrages mit dem Recht des Empfängers auf Mehrerlös wählen!

Es ist also ein Unding, im Trödelvertrage von der Verkäuflichkeit der res vendenda zu reden, wie dies z. B. Johannis Faber thut und daraus einen Anhaltspunkt für den Gefahrsübergang herleiten zu wollen.

Bei diesem Vertrage ist regelmässig das Interesse auf beiden Seiten — es bleibt auf beiden Seiten, auch wenn der Trödler die Initiative ergriff; aber aus der l. 17 geht hervor, dass der Jurist geneigt ist, trotz des beiderseitigen Interesses aus vernünftigen Gründen in gewissen Fällen dem Empfänger die Gefahr aufzubürden. Wenn hier nur von Anstoss zu dem Geschäft die Rede ist, so ist dies sicherlich nur ein Beispiel: Anstoss bedeutet hier nicht nur Interesse, sondern das grössere Interesse an dem Geschäft und wir werden extensiv interpretirend sagen müssen, dass in allen Fällen zu prüfen sein wird, wer das überwiegende Interesse an dem Geschäft hatte — dieser muss auch die Gefahr tragen.

Einen Rechtssatz aufzustellen, welcher beim Trödelvertrage in allen Fällen die Gefahr gleichmässig regelt, ist unmöglich: denn wie wir schon oben sahen, ist innerhalb jenes Vertrages noch hinlänglich Raum für die verschiedensten Mischungen, welche, je nach

dem Ueberwiegen des einen oder des andern Elements eine verschiedene Behandlung erfordern.

In diesem Sinne ist Puchta zu verstehen, wenn er den „eigentlichen Trödelvertrag“ von anderen derartigen Verträgen scheidet, bei denen der Charakter der Dienstmiethe oder des Auftrags überwiegt; jener soll vorliegen, wenn der Trödler den Anstoss gab und auf ihn soll dann auch die Gefahr übergehen; Puchta hat hier das Richtige erkannt, nur mit der Eintheilung in eigentliche und nicht eigentliche Trödelverträge hat er seine Meinung undeutlich zu erkennen gegeben; er wollte ohne Zweifel sagen, es ist etwas ganz anderes, wenn der Trödler dadurch, dass er den Anstoss gab — oder auf irgend eine andre Weise — sein überwiegendes Interesse zu erkennen gab, als wenn der Eigenthümer der res sich des Trödlers überwiegend für seine eigenen Zwecke bediente, gleichsam wie eines Mandatars oder um einen gemietheten Diener zu ersparen; im ersteren Falle ist der Uebergang der Gefahr gerechtfertigt — im anderen nicht; so sagt auch Brinz (S. 41) „es ist das grössere Interesse des Herrn an dem Geschäfte, welches die Gefahr bei ihm festhält; dass hierauf die Regulirung des periculum gegründet wird, ist ganz im Geiste derartiger Bestimmungen u. s. w.“

Noch ein anderer Gesichtspunkt, welchen Lipp nicht erwähnt hat, könnte übrigens für den Gefahrsübergang angeführt werden; wir sahen, dass die obligatio des Trödlers eine alternative war — er sollte aut rem aut aestimationem leisten: nach allgemeinen

Grundsätzen wird aber eine Alternativ-Obligation zur einfachen, wenn eines der geschuldeten Objecte untergeht; die aestimatio d. h. der event. zu zahlende Geldbetrag kann nie untergehen, weil genus perire non censetur — geht aber die res unter, so bliebe hiernach der Schuldner einfach zur Leistung der jedenfalls möglichen aestimatio verpflichtet. In der l. 17 sind nun die römischen Juristen von dieser Regel abgewichen und haben vielmehr in gewissen Fällen die Lage des Empfängers verbessert; und mit Recht. In dem Vertrage lag, wie wir sahen, immer ein gutes Stück Mandat — und besonders war dies der Fall, wenn die Initiative vom Eigenthümer ausgegangen war: wir sahen oben, dass in vielen Fällen der Empfänger sogar aus amicitia et officio handeln konnte; wir sahen, dass er bis zur Höhe der aestimatio ein fremdes Geschäft betreiben konnte und darüber hinaus erst sein eigenes — in solchen Fällen wäre es doch wohl unbillig gewesen, ihm die Gefahr zufälligen Unterganges der Sache aufzubürden.

Hier wurde das aestimatio facit periculum wiederum unwahr; hier war die aestimatio nur noch auf den von dem Empfänger verschuldeten Untergang der Sache zu beziehen, nicht mehr auf omne periculum. Hierzu bewog die römischen Juristen, wie Mommsen (S. 280) sagt, „die Erwägung, dass das Verkaufsgeschäft im Grunde doch ein Geschäft des Gläubigers sei und dass im Zweifel nicht angenommen werden könne, dass derjenige, welcher für einen Anderen und in dessen Interesse die Ausführung eines Geschäfts übernehme, die

Verpflichtung zur Haftung für alle, auch die kasuellen Unglücksfälle, welche die Sache betreffen könnten, habe übernehmen wollen."

Dieser innere Grund ist ein so schwerwiegender, dass schon deshalb Lipp's auf Aeusserlichkeiten gestützte Auslegung der l. 17, wonach pretium mit aestimatio nicht zu identificiren sei u. s. w. ihm gegenüber nicht in die Waagschaale fallen kann.

Lipp behauptet (S 32), pretium bedeute hier nur das limitum, und der mit dem Verkaufe Betraute müsse, wenn er mehr erzielte, Alles an den Eigenthümer herausgeben: das Verhältniss wäre dann Mandat — aber warum sollte es hierbei einen Unterschied ausmachen, von wem der Anstoss zu dem Geschäfte ausgegangen? soll der Mandatar, — der ohne eigenes Interesse handelt — die Gefahr tragen, nur weil er die Initiative ergriffen? Das kann Ulpian unmöglich gewollt haben: er regelte vielmehr die Gefahr in Gemässheit des überwiegenden Interesses; war ein solches in Folge der Initiative des Trödlers auf seiner Seite zu vermuthen, so fiel auch jeder Grund fort, ihn von der Gefahrsübernahme zu befreien — da musste also seine Obligation wieder wie eine gewöhnliche Alternativobligation behandelt werden.

Wir glauben daher mit Recht annehmen zu müssen, dass die Frage des Gefahrsüberganges nicht nach festen, für alle Fälle gleichmässigen Rechtsregeln, sondern nach dem Prinzipe der Billigkeit von Fall zu Fall regulirt werden muss; der Umstand, dass dieser oder jener die Initiative ergriff, ist nur ein Beispiel und

das Prinzip vielmehr dahin zu erweitern, dass das überwiegende Interesse bei diesem Vertrage auch immer den Gefahrsübergang bedeuten solle.

Aus der Entscheidung der l. 17 endlich, dass, im Falle es zweifelhaft sei, von welcher Seite der erste Anstoss zu dem Geschäfte ausgegangen sei, die für den Empfänger mildere Auslegung Platz greifen müsse, werden wir endlich folgern müssen, dass wir in dubio — wenn das Interesse auf beiden Seiten gleichmässig vertheilt erscheint — allemal die dem Empfänger der Trödelsache günstigere Interpretation zu wählen haben werden.

Litteratur.

Archiv für practische Rechtswissenschaft, N. F. Bd. 2 S. 335.
Baron, Pandecten, 4. Aufl. 1882, § 307.
Bekker, Kritische Vierteljahrsschrift S. 254.
Brinz, Kritische Blätter civilistischen Inhalts, Nr. 1, Erlangen 1852.
Buhl, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 25. — Das Conditionsgeschäft im deutschen Buchhandel, S. 142.
Chambon, Beiträge zum Obligationenrecht, Jena 1851.
Dernburg, Pandecten, Bd. 2 § 7 Anm. 15, § 120.
Emmerich, Archiv für civilrechtliche Praxis, Bd. 61 S. 277. — (Ueber die Haftbarkeit des Trödlers für periculum casus.)
Glück, Pandekten, Erlangen 1816 § 1065.
Goeschen, Vorlesungen, III 492.
Goldschmidt, Handbuh des Handelsrechts, Bd. I.
Gradenwitz, Interpolationen, Berlin 1887.
Holtzendorff, Encyklopädie (Lexikon).
Huschke, Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Process, N. F. Bd. 4 S. 285.
Jhering, Jahrbücher für Dogmatik, Jena 1877 Bd. 15, 3. Heft.
Karlowa. Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, Berlin 1877, S. 245—254.
Leist, Mancipation und Eigenthumstradition, Jena 1865.
Lenel, Edictum perpetuum, Leipzig 1883, S. 237.
Lipp, Beitrag zur Lehre vom Trödelvertrag, Heidelberg 1880.
Merckel, in Weiske's Rechtslexikon.
Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht I, S. 280, Braunschweig 1853.

Puchta, Vorlesungen, Bd. 1, Leipzig 1847.
Regelsberger, Archiv für civilistische Praxis, Bd. 63. VIII. 2 Beiträge zur Lehre von der Cession.
Reichsgerichts-Entscheidungen in Strafsachen, Bd. 3 S. 154.
Reinhold, der Trödelvertrag, Wien 1884.
Seuffert's Archiv Bd. 29 Nr. 124. — Erkenntniss des obersten Gerichtshofes in München; N. F. Bd. 4 Nr. 36 — Erkenntniss des O. A. G. zu Lübeck.
Sintenis, Pract. gem. Civilrecht, Bd. II § 117.
Thibaut, Pandecten, § 836.
Unterholzner, Schuldverhältnisse, II § 488.
Waechter, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 2 S. 479. Das Rechtsverhältniss zwischen dem Verleger und dem Sortiments-Buchhändler.
Wagner, der Credit u. s. w., in Schönbergs Volkswirthschaftslehre 3. Aufl. Band I S. 379 u. f.
Weidling, Das buchhändlerische Conditionsgeschäft, Berlin 1885.
Wendt, Otto, Jahrbücher für Dogmatik, Jena 1884, N. F. Bd. 10 3/5. Heft.
Woening, Gemeines Civilrecht, Bd. 2 Aufl. 4 § 277.
Windscheid, Pandecten, § 383.

Thesen.

I.

Der Bischof kann in seiner eigenen Diöcese Patronatsrechte haben.

II.

L. 2 C. quae sit longa consuetudo 8. 53 steht mit L. 32 D. de legibus 1. 3 in unlösbarem Widerspruch.

III.

Durch Geltendmachung des beneficium separationis seitens der Erbschaftsgläubiger erlischt die persönliche Haftung des Erben nicht.

IV.

Die Einführung der sogenannten bedingten Verurtheilung im Strafrecht ist abzulehnen.

Lebenslauf.

Ich Siegfried Liebert, mosaischer Confession, wurde am 19. October 1847 als Sohn des Kaufmanns H. J. Liebert und seiner Ehefrau Pauline, geb. Fersenhain, zu Marienwerder geboren. Den ersten Schulunterricht genoss ich in der städtischen Schule meiner Vaterstadt und besuchte sodann das Königliche Gymnasium ebendaselbst vom 1. October 1855 bis zum 28. September 1864.

Ich widmete mich der kaufmännischen Laufbahn und trat zu diesem Zwecke in ein überseeisches Commissionsgeschäft in Hamburg ein; 1869 begab ich mich nach London; 1870 nach Manchester; 1874 trat ich in die Société d'Impression Alsacienne zu Mülhausen (Els.), 1875 in die Société de Commerce (Handels-Vereinigung) zu Rotterdam. 1876 zog ich nach Berlin, wo ich mit der Leitung verschiedener Gesellschaften als Vorstand betraut wurde; später übernahm ich die Vertretung Holländischer und Französischer Financiers.

Am 12. Mai 1878 verheirathete ich mich mit Helene, Tochter des Kaufmanns Moser in Hamburg; unsere Ehe erfreut sich dreier Kinder (Kurt, geb. 1882, Max, geb. 1884 und Ellen, geb. 1885).

Vom 21. Mai 1886 ab widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft; ich studirte sechs Semester hindurch in Berlin, meldete mich sodann zur Doctorprüfung bei der juristischen Facultät der Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität daselbst und bestand die erstere rite am 29. Juli 1890.

Während meiner Studienzeit hörte ich rechts- und volkswirthschaftliche Collegien bei den Herren Professoren Dambach, Eck, Gierke, Goldschmidt, Hinschius, Huebler, Lehmann, Pernice, Schmoller, Treitschke und Wagner.

Allen diesen Lehrern sage ich an dieser Stelle für die stetige und reiche Anregung und Förderung, die mir durch sie in meinem Studium zu Theil ward, meinen tiefgefühltesten Dank.